Die Verjährung des Anspruchs

auf Ersatz des sogen. negativen Vertragsinteresses

bei nicht zu Stande gekommenem Vertrage

nach gemeinem Recht und dem bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Bernhard Drechsler

Referendar.

BREMEN

Druck von H. M. Hauschild

1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0132

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung.

Festsetzung der für den inneren Gang der Untersuchung massgebenden Gesichtspunkte 1

I. Die Entstehung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

§ 1. Das „Interesse" im allgemeinen 3

§ 2. a) Das Vertragsinteresse und seine Erscheinungsformen im besonderen 5

b) Der Anspruch auf Ersatz des Vertragsinteresses 7

§ 3. a) Was bedeutet die gemeinrechtliche „Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse"? 11

b) Der Umfang des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses 13

c) Der Fall des anfechtbaren Vertrages 14

Resultat: Die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages als objektive Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses 15

§ 4. Charakterisirung der Stellung der gemeinrechtlichen Lehre zu dem Erfordernis der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages. Kritik der Opposition 15

1. Bähr 16

2. Köppen 16

§ 5. Das negative Vertragsinteresse und das Erfordernis der Nichtigkeit des Vertrages in den Quellen 19

Seite

II. Der Rechtsgrund des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses 26

§ 6. Die römische Kontraktsklage 27

Die gemeinrechtliche Lehre.

1. Die Heranziehung der gemeinrechtlichen ausserkontraktlichen Ersatzgründe.

§ 7. Der dolus als Ersatzgrund (Mommsen) 28

§ 8. Die Haftung aus der lex Aquilia (Dernburg) 31

2. Die Konstruktion einer kontraktlichen Haftung auf Grund besonderer Verträge.

§ 9. Ihering's culpa in contrahendo in Verbindung mit dem Vertragsabschlusse 33

§ 10. Das Mandat (v. Scheurl) 39

§ 11. Der stillschweigende Garantievertrag (Windscheid, Drechsler, Regelsberger) 42

3. Die erweiterte ausserkontraktliche Haftung:

§ 12. a) auf Grund der Garantie der Rechtsordnung (Windscheid) . 48

b) auf Grund der Willenserklärung (Pernice) 48

c) auf Grund der bona fides (Thöl, Bechmann, Goldschmidt) . 48

d) auf Grund der Verursachung des Schadens (Eisele) . . . 49

§ 13. Die Schadensveranlassung als allgemeiner Rechtsgrund für die Ersatzpflicht 49

III. Resultat für das gemeine Recht.

§ 14. Statuirung der ordentlichen 30jähr. Verjährungsfrist für den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses 55

IV. Anhang.

§ 15. a) Die Einschlägigkeit der allgemeinen Verjährungsgrundsätze 59

b) Die Bedeutungslosigkeit der Streitfrage, ob Anspruchs- oder Klageverjährung, für die Praxis 59

c) Der Beginn der Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses 60

Seite

Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

I. Das Auftreten des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses im allgemeinen 63

§ 16. a) Die Existenz des Begriffes des negativen Vertragsinteresses im Gesetze 63

b) Der Umfang des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses 64

c) Die Nichtigkeit des Vertrages als Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs 64

II. Die Verschiedenheit der Rechtsgründe der Haftung bei den einzelnen Nichtigkeitsfällen 64

§ 17. Der Fall der Nichtigkeit infolge Unfähigkeit des Subjekts. . 65

Exkurs: Ist der durch das negative Vertragsinteresse ausgedrückte Schaden ein Schaden im Sinne des § 823 B. G.-B. 66

1. Feststellung des Rechtsgrundes 77

2. Feststellung der Verjährungsfrist 79

§ 18. Der Fall der Nichtigkeit infolge der Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens 79

1. Feststellung des Rechtsgrundes 80

2. Feststellung der Verjährungsfrist 83

§ 19. Der Fall der Nichtigkeit infolge Unmöglichkeit der Leistung 83

1. Ist die culpa in contrahendo eine „Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten“ oder eine „unerlaubte Handlung“? 86

a) Die Stellung des Gesetzgebers zu dieser Frage 86

b) Die Statuirung der Grundsätze der kontraktlichen Ansprüche durch die herrschende Meinung 87

c) Die Bedeutung der Existenz einer „ausserkontraktlichen Fahrlässigkeit“ im B. G.-B. 88

2. Die Kritik der herrschenden Meinung.

a) Oertmann 89

α) Die Analogie der Haftung aus § 122 und der aus § 307.

β) Die römische Kontraktsklage.

Seite

b) Schollmeyer 94

α) Die Kausalität zwischen der Verschuldung und der Nichtigkeit des Vertrages.

β) Der Umfang der Ersatzpflicht im römischen Recht.

3. Feststellung der Verjährungsfrist für den Anspruch aus § 307, und des Beginns desselben . . 99

Schluss:

Das Gesammtresultat 100

Litteratur-Verzeichnis.

Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 33, 48, 72.

Arndts, Pandekten, II. Aufl.

Bähr, Gegenentwurf.

Bechmann, Kauf.

Bekker, kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 22.

Birkmeyer, Über das Vermögen in juristischem Sinne, 1879.

Brinz, Pandekten, I. und II. Aufl.

Cohn, Untersuchungen zu § 254 B. G.-B., bei Gruchot, Bd. 43; (1899).

Cohnfeld, Lehre vom Interesse.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.

Cujacins, Observationes.

Demelius, Untersuchungen.

Dernburg, Pandekten, V. Aufl.

Donellus, Comm. iuris civilis.

Drechsler, Über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Diss., 1873.

Ebert, im Kommentar zum B. G.-B. von Fischer-Henle, 1897.

Endemann, Handbuch des Handelsrechts, II.

Entscheidungen des Reichsgerichts (E. R.-G.) in Civilsachen, Bd. IX, XVIII, XXI, XXIII, S. 165 ff. u. S. 243; XXXIV.

Fels, die ausserkontraktliche Schadensersatzpflicht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, VI. Aufl.

Gareis, Komm. z. B. G.-B.

Gierke, Entwurf.

Greven, Das negative Vertragsinteresse, Diss. 1898.
Halben, Über den Schadensersatz aus nichtigen Verträgen, Diss. 1895.
Heilfron, Lehrbuch des deutschen bürg. Rechts, II. Aufl., 1900.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena, 1900.
Jahrbücher für Dogmatik, Bd. II, IV, XI, XIV, XVI, XXVIII, XXXI.
Keller, Pandekten, I. Aufl.
Lilie, Schadensersatz bei unwirksamen Verträgen, Diss. 1898.
Mayring, Komm. z. B. G.-B.
Meisner, Komm. z. B. G.-B.
Melliger, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, 1898.
Mommsen, Beiträge I; Erörterungen, Heft 2.
Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse.
Oertmann, Komm. z. B. G.-B.
Planck, Komm. z. B. G.-B.
Puchta, Vorlesungen.
Regelsberger, Erörterungen.
Savigny, System, Bd. III u. V.
Schmidt, Lehre vom negativen Vertragsinteresse, Diss. 1900.
Schollmeyer, Komm. z. B. G.-B.
Sintenis, Civilrecht I.
Stargardt, Anspruchsverjährung und Klageverjährung, Diss. 1898.
Thöl, Handelsrecht I.
Unger, Handeln auf eigene Gefahr.
Unterholzner, Verjährungslehre I.
Wächter, Pandekten II.
Windscheid, Pandekten, 3., 6. und 7. Aufl.
„Die Actio".
Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 13, 25, 26.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft.

Einleitung.

Wenn die Rechtsordnung, einem unabweisbaren Erfordernisse der Billigkeit Rechnung tragend, dem Zeitablauf rechtliche Wirksamkeit beilegt und an die Thatsache seines Vorhandenseins bestimmte Rechtsfolgen anknüpft, so liegt es auf der Hand, dass dem Zeitpunkt, mit welchem das Recht den Eintritt dieser Wirkungen für angebracht hält, je nach der Verschiedenheit der von dem Zeitablauf in Angriff genommenen Objekte, in dem einen Falle ein längerer Zeitraum vorauszugehen hat als in dem anderen. Denn je nach seiner rechtlichen Eigenart muss der eine Rechtszustand gegen die seinem Fortbestande entgegenarbeitende Verjährung von der Rechtsordnung mehr geschützt sein als der andere, und, wenn man umgekehrt von dem rechtserzeugenden Momente des Zeitablaufs ausgeht, der einen zur Erlangung der Rechtmässigkeit hinstrebenden Situation die Sanktion der Rechtsordnung schneller und leichter zu teil werden, als der anderen. Es liegt in der Natur der Sache, dass es verschiedene, kürzere oder längere Verjährungsfristen geben muss, deren Einschlägigkeit im konkreten Falle die Rechtsordnung nach bestimmten Grundsätzen anzuordnen hat.

Darum ist es denn auch im vorliegenden Falle geboten, das in Frage stehende Verjährungsobjekt, den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, einer gründlichen Untersuchung zu unterziehen, deren schliessliches Resultat die Feststellung der rechtlichen Natur desselben zu bilden hat. Wir werden daher im Folgenden

1. den Begriff des Interesses im allgemeinen und des negativen Vertragsinteresses im besonderen betrachten;
2. den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses und die rechtliche Beurteilung, die ihm zu teil geworden ist, untersuchen, und so seinen Rechtsgrund ermitteln;
3. aus der Beschaffenheit dieses seines Rechtsgrundes den Schluss ziehen auf die rechtliche Natur des Anspruchs und damit auf die für ihn einschlägige besondere Verjährungsart, auf deren Feststellung diese Erörterung hinauszulaufen beabsichtigt.

I. Die Entstehung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

§ 1.

Seit Ihering's Abhandlung: „Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen“ (Jahrb. f. Dogm., Bd. IV, S. 1—112) unterscheidet man die Begriffe „positives Vertragsinteresse“ und „negatives Vertragsinteresse“. Ihering, a. a. O. S. 16: „Das Interesse des Käufers lässt sich in unserm Verhältnis in doppelter Weise denken: einmal nämlich als ein Interesse an der Aufrechthaltung des Kontrakts, also an der Erfüllung, und sodann als ein Interesse am Nichtabschluss des Kontrakts.“ Diese beiden Arten von Interesse bezeichnet er mit positivem und negativem Vertragsinteresse. Es wird sich weiter unten herausstellen, dass und warum die Ihering'sche Definition des negativen Vertragsinteresses als des „Interesses am Nichtabschluss des Kontrakts“ nicht präzise genug ist und für die Verwendung in der juristischen Technik nicht auszureichen vermag.

Den beiden Begriffen wohnt als gemeinsamer dritter der Begriff „Interesse“ inne. Das „interesse“ schliesst eine Differenz in sich, es hat den Unterschied zwischen

zwei Grössen zum Inhalt. Wenden wir dies für unsere Zwecke auf das Gebiet des Vermögens an, so heisst „Ich habe ein Interesse“: „Innerhalb meiner Vermögenssphäre macht es für mich einen Unterschied, dass das und das so ist und nicht anders, entweder zu meinem Vorteil oder zu meinem Nachteil.“ Unser Sprachgebrauch sagt: „Ich habe ein Interesse bspw. daran, dass das geschieht oder geschehen ist und nicht etwas anderes oder garnichts.“ Dies ist dasselbe wie: „Ich will den Unterschied, der für mich darin liegt, dass das geschieht oder geschehen ist und nicht etwas anderes oder garnichts.“ Denn um des Unterschiedes willen ist das eine gewollt anstatt des anderen oder anstatt keines von beiden. Jede eingetretene Rechtsveränderung stellt sich nun dar als die Wirkung einer rechtsgestaltenden Thatsache, diese ist das bewegende Moment gewesen. So ist auch das eine „interesse“, das sich darin ausdrückt, dass eine Grösse jetzt nicht mehr dieselbe ist, die sie eben noch war — zu Jemandes Vorteil oder Nachteil — die Folge des Eintritts einer rechtsverändernden Thatsache, dieser ist die Ursache der eingetretenen Veränderung. So lässt sich aber auch umgekehrt das „interesse“, das sich darin ausdrückt, dass eine Grösse so ist und nicht anders, begrifflich als die Wirkung des Nichteintritts einer Thatsache denken, die diesen Rechtszustand durch ihren Eintritt notwendig hätte verändern müssen. Die Ursache dieser Nichtveränderung ist das Nichteingetretensein einer Thatsache.

Die Veränderung oder Nichtveränderung nun wird stets von demjenigen gewollt sein, in dessen Vermögen sich das durch dieselbe bedingte „interesse“ als ein Vorteil darstellt. So wird um der Wirkung willen die Ursache

gewollt: in dem einen Falle der Eintritt einer Thatsache, in dem anderen Falle der Nichteintritt einer Thatsache. Im ersten Falle ist der Inhalt des „interesse“ die Differenz zwischen dem, was ist und was werden soll, im zweiten Falle zwischen dem, was ist und nicht werden soll, im ersten Falle der Erwerb eines Vorteils, im zweiten Falle die Erhaltung eines Vorteils. Immer handelt es sich beim Interesse um etwas, was werden rsp. nicht werden soll; es ist das Verhältnis zwischen dem Faktischen und dem Hypothetischen; das eine Mal ist von beiden der Eintritt des letzteren, das andere Mal der Fortbestand des ersteren gewollt.

So stimmen wir mit Cohnfeld, „die Lehre vom Interesse nach römischem Recht,“ überein, wenn er a. a. O., S. 57, das Interesse definirt als „aller von einer Thatsache für eine bestimmte Person abhängige Vorteil“, oder „Alles, was Jemand von dem Eintritt oder Nichteintritt eines gewissen Ereignisses haben würde“. Tritt nun dies Ereignis thatsächlich ein, so hat Jemand im ersten Falle einen Vorteil (Differenz zwischen dem, was war, und dem, was werden sollte und auch geworden ist); im zweiten Falle einen Nachteil (Differenz zwischem dem, was war, und dem, was nicht werden sollte, aber geworden ist).

Das Interesse stellt sich dann nicht mehr dar als das Verhältnis zwischen dem Faktischen und dem Hypothetischen, sondern als dasjenige zwischen dem Faktischen, wie es war, und dem Faktischen, wie es nunmehr ist.

§ 2.

Wenn wir nun das Gefundene auf das sogen. Vertragsinteresse, wie es von der juristischen Technik be-

zeichnet wird und in der Praxis auftritt, anwenden wollen, so ist von vornherein festzustellen, dass die Fälle der blos hypothetischen Vermögensveränderungen, wo also das die Veränderung bedingende Ereignis nur gedacht bleibt, nicht faktisch eintritt, juristisch ohne jede Bedeutung sind. Denn um blosse Reflexionen und Vorstellungen kümmert sich die Rechtsordnung nicht. Das Ereignis, durch welches die Vermögensveränderung bedingt ist, muss eingetreten sein.

Danach ist in unserem Falle der Vertragsschluss das eine Mal die Thatsache, deren Eintritt für Jemand ein vorteilhaftes Interesse ausmacht. Der Inhalt dieses letzteren ist die Differenz zwischen den Vermögensgrössen vor und nach dem Abschlusse des Vertrages: der faktische Vorteil, den Jemand durch das Mittel des Vertragsschlusses hat, resp. auf dessen Gewährleistung er auf Grund des Vertragsschlusses und durch das Mittel des Vertrages Anspruch hat (positives Vertragsinteresse).

Das andere Mal ist der Vertragsschluss die Thatsache, deren Eintritt für Jemand ein nachteiliges Interesse ausmacht. Der Inhalt dieses letzteren ist die Differenz zwischen den Vermögensgrössen vor und nach dem Abschlusse des Vertrages: der faktische Nachteil, den Jemand durch das Mittel des Vertragsschlusses hat (negatives Vertragsinteresse).

Während es nun aber weiter beim positiven Vertragsinteresse selbstverständlich ist, dass der Vertragsschluss, wenn er einen Vermögensvorteil vermitteln soll, gültig sein muss — denn der äusserliche Vorgang des Abschlusses eines ungültigen Vertrages muss, für sich allein genommen, als ein juristisches Nichts bedeutungslos

sein —, liegt der Fall beim negativen Vertragsinteresse durchaus anders. Gewiss kann Jemand auch hier zunächst durch den Abschluss eines gültigen Vertrages Schaden erleiden (bspw. bei Verkauf einer Sache im Werte von 2000 zu 1800), und dieser Schaden könnte rein begrifflich als ein negatives Vertragsinteresse angesehen werden.

Es kann aber weiter der Vertragsschluss auch insofern einen Nachteil im Gefolge haben, als der äusserliche Vorgang eines Vertragsschlusses vorliegt, der durch diesen Abschluss intendirte Vertrag selbst aber ungültig ist und irrtümlich für gültig gehalten wird.

Wie der Abschluss eines ungültigen Vertrages, wie erwähnt, an sich ein Nichts ist, vermag er hier in Verbindung mit dem subjektiven Moment des Irrtums über den Rechtsbestand des Vertrages für Jemand sehr wohl einen Schaden im Gefolge zu haben.

Dieser auf Grund der Vertragsungültigkeit und der Täuschung über dieselbe entstandene Schaden speziell wird von der juristischen Systematik als negatives Vertragsinteresse bezeichnet und in der Praxis technisch verwertet.

Den Grund hierfür bildet ein weiterer wichtiger Umstand. Sowohl das positive wie das negative Vertragsinteresse können nur insoweit eine praktische Bedeutung haben, als sie den jedesmaligen Inhalt eines Anspruchs zu bilden vermögen, der sich auf das Vorhandensein einer obligatorischen Rechtsbeziehung stützt. Eine Rechtsbeziehung ist aber in dem ersterwähnten Falle des negativen Vertragsinteresses bei gültigem Vertrage nur durch den Vertrag selbst gegeben und nur durch ihn realisirbar, durch den-

selben Vertrag, durch dessen rechtsgültigen Abschluss gerade der Nachteil vermittelt ist. Somit entfällt diese, begrifflich an sich mögliche, Form des negativen Vertragsinteresses, weil es bei Gültigkeit des Vertrages überhaupt nicht zum Ersatze desselben kommen kann.

Dies zeigt folgendes Beispiel: A. kauft von B. eine Sache im Werte von 800 zu 1000. Sein Interesse am Nichtabschlusse des für ihn ungünstigen, gültig abgeschlossenen Vertrages ist = 200, dies ist sein faktischer Schaden (negatives Vertragsinteresse). Wird nun, bevor der Käufer A. seinerseits geleistet hat, die Leistung der Kaufsache durch den Dolus des B. nachträglich unmöglich, so könnte A. — um das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches heranzuziehen — erstlich von dem Vertrage zurücktreten, oder weiter Schadenersatz wegen Nichterfüllung aus dem gültigen Vertrage verlangen. Thut er das letztere, so würde, das Kaufgeschäft für sich genommen, das positive Interesse des A. an der Gültigkeit des Kaufgeschäfts im vorliegenden Falle naturgemäss und notwendig = 0 sein, da ja gerade an der Ungültigkeit des gültigen Vertrages ein negatives Interesse von 200 bestanden hat. Es ist eben gar kein Schaden entstanden, folglich auch ein Ersatzanspruch nicht gegeben. Würde der Fall aber insofern umgekehrt liegen, als A. von B. eine Sache im Werte von 1000 zu 800 gekauft hätte, so würde eben ein positives Vertragsinteresse von 200 bestanden haben, dieses Interesse folglich auch im letzten Falle zu beanspruchen sein.

Wie also die Realisirung des das positive Vertragsinteresse ausmachenden Vorteils nur erfolgen kann, durch das Mittel des gültigen Vertrages, so bleibt umgekehrt als eine unumgängliche Voraussetzung für die Begründung

des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses die Ungültigkeit des Vertrages bestehen. So sagt denn auch Ihering, a. a. O. S. 16, ganz strikt: „Das Interesse der ersten Art hat die Gültigkeit, das der zweiten die Ungültigkeit des Kontrakts zur Grundlage", wobei er im Grunde genommen den Anspruch auf Ersatz des einen oder anderen Interesses gemeint haben muss, wie ja seine ganze Ausführung vom Schadenersatz handelt, wie er auch im folgenden Satze von „Interesse an der Erfüllung verlangen" spricht, und S. 17 sagt: „Prozessualisch ausgedrückt gehört dort die Behauptung der Gültigkeit, hier die der Ungültigkeit zum Klaggrunde."

Die Ungültigkeit des abgeschlossenen Vertrages ist aber, wie oben schon angedeutet, nicht die einzige Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

Wenn Jemand bei Ungültigkeit des Vertrages ein Interesse am „Nichtabschluss" dieses Vertrages hat, wie Ihering sagt, weil er eben „durch den Abschluss" Schaden erlitten hat, so kann die Entstehung dieses Schadens weiter nur auf den Umstand zurückgeführt werden, dass der Abschluss des ungültigen Vertrages in der Vorstellung des Geschädigten als Abschluss eines gültigen Vertrages figurirt hat. Denn, wäre bei dem geschädigten Kontrahenten nicht zugleich das Vertrauen auf die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrages vorhanden, derselbe vielmehr sogleich bei oder nach dem Vertragsschlusse über dessen rechtliche Bedeutungslosigkeit im Klaren gewesen, so würde der Vertragsschluss als solcher allein keinerlei schädigenden Einfluss auf die Vermögenslage des Geschädigten gehabt haben können.

So hat also der als negatives Vertragsinteresse in Betracht kommende Schaden zwei Voraussetzungen, eine objektive, den Abschluss eines ungültigen Vertrages, und eine subjektive, den Irrtum über den Rechtsbestand dieses Vertrages.

Diese beiden Voraussetzungen bilden ihrerseits zusammen das objektive Moment des gesamten Thatbestandes, der zur Begründung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses notwendig ist.

Das subjektive Moment liegt hier teils auf der Seite des haften sollenden Gegenkontrahenten, in der besonderen Qualifikation seines Verhaltens, die den eigentlichen Rechtsgrund der Haftung herzugeben hat, teils auf der Seite des Geschädigten, dessen Schadloshaltung wieder von der besonderen Qualifikation seines Verhaltens abhängig gemacht ist. Und wie beim Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses der gültige Vertrag selbst dem Kontrahenten das Mittel an die Hand giebt, durch Zurückgreifen auf ihn den Ersatz des positiven Interesses zu bewirken, so bedarf der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, eben mangels der Grundlage des gültigen Vertrags, zu seiner Begründung der oben statuirten Voraussetzungen.

Wir haben nun gesehen: Unter positivem Vertragsinteresse versteht man das Interesse, dessen Inhalt der Vorteil ist, der Jemandem auf Grund eines gültig abgeschlossenen Vertrages zukommt. Unter negativem Vertragsinteresse versteht man das Interesse, dessen Inhalt der Nachteil ist, den Jemand auf Grund eines ungültig abgeschlossenen Vertrages dadurch erleidet, dass er den Vertrag für gültig hält.

In diesen beiden Erscheinungsformen geht der praktisch-juristische Begriff des positiven und negativen Vertragsinteresses auf. Dementsprechend giebt auch das B. G.-B. seine Definition von den beiden Arten des Vertragsinteresses: § 122. „Der Erklärende hat .... den Schaden zu ersetzen, den der Andere .... dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut“ (negatives Vertragsinteresse), „jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der Andere .... an der Gültigkeit der Erklärung hat“ (positives Vertragsinteresse).

§ 3.

Wir haben um deswillen den Begriff des Vertragsinteresses entwickeln zu müssen und nicht schon als bekannt voraussetzen zu dürfen geglaubt, weil in der ganzen sogen. „Lehre vom negativen Vertragsinteresse“ immer nur jene eine Art des Auftretens dieses Interesses berücksichtigt wird, wo es als Schaden in Existenz tritt und so die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs im Gefolge zu haben vermag. Die Entstehung des Anspruchs auf Ersatz des Interesses ist aber etwas wesentlich anderes als die Entstehung des Interesses selber. Cohnfeld, a. a. O. S. 2 und 3: „Ein Interesse ist schon vorhanden, „ehe der Schaden eingetreten ist, ehe es sich entschieden „hat, ob das Ereignis, woran das Interesse geknüpft ist, „eintritt oder nicht eintritt .... Offenbar verwechselt man „den Begriff des Interesses mit der Verpflichtung zur Leistung „desselben. Diese kann nicht eher begründet sein, als bis „ein Schaden eingetreten ist.“

Es kommt nach unserer Ansicht für die Entstehung der beiden Arten des Vertragsinteresses im weitesten Sinne,

die hypothetischen Fälle mit einbegriffen, nicht darauf an, ob ein Vertragsschluss überhaupt schon vorliegt oder nicht, oder, liegt er vor, ob er gültig erfolgt ist oder nicht, wie es andererseits allerdings für die Entstehung des Anspruchs auf Ersatz speziell des negativen Vertragsinteresses notwendige Voraussetzung ist, dass ein Vertragsschluss vorliegt, dass derselbe ungültig ist, und dass ein faktischer Schaden infolge des Irrtums über den Bestand des Vertrages eingetreten ist.

Aber es heisst doch dem Begriffe des negativen Vertragsinteresses Gewalt anthun, wenn man ihm nur in Verbindung mit der Lehre vom Schadensersatz seine Existenzberechtigung lassen will, oder gar, wie Bähr, Jahrb. f. Dogm., Bd. XIV, S. 393 ff., es thut, den ganzen Begriff nur deswegen bekämpft, weil ihm die juristische Konstruktion wiederum des Anspruchs auf Ersatz dieses Interesses nicht gelingen will. Es ist aber thathsächlich die ganze bisherige „Lehre vom negativen Vertragsinteresse“ im Grunde genommen nichts weiteres als nur die Lehre vom Anspruch auf den Ersatz dieses Interesses gewesen. Ja, noch mehr. Der Begriff des negativen Vertragsinteresses ist stets in einen so eng verknüpften Zusammenhang gebracht worden mit der Lehre vom Schadensersatz, dass man es für genügend gehalten hat, immer nur von einem „Anspruch auf das negative Vertragsinteresse“ zu reden, wo es doch nur einen „Anspruch auf Ersatz des Interesses“ geben kann. Und Ihering, a. a. O., S. 16, sagt geradezu: „Das ‚Interesse‘ der ersten Art hat die Gültigkeit, das der zweiten die Ungültigkeit des Kontrakts zur Grundlage“! Unsere Untersuchung der rechtlichen Natur des in Rede stehende An-

spruches zum Zwecke der Feststellung der für ihn einschlägigen Verjährungsart wird also in ihrem Verlaufe die Berücksichtigung der gemeinrechtlichen sogenannten „Lehre vom negativen Vertragsinteresse“ ohne Schwierigkeit mit umfassen können, da es sich bei beiden Bezeichnungen um denselben Gegenstand handelt.

Vorher sei nur noch kurz erörtert, in welchem Umfange das Vertragsinteresse im Prozesse geltend gemacht werden kann. Den Inhalt des Anspruchs auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses kann alles das bilden, was Jemand auf Grund des gültigen Vertrages von seinem Vertragsgegner zu fordern hat (Ersatz des Erfüllungsinteresses, damnum emergens, lucrum cessans). Den Inhalt des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses kann alles das bilden, was Jemand auf Grund der Täuschung über den Bestand des Vertrages von seinem Vertragsgegner zu fordern hat. Auch diese Forderung erstreckt sich richtiger und herrschender Ansicht nach (vgl. Melliger, „Culpa in contrahendo“ oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, 1898, S. 25, und die dort Citirten) sowohl auf daumum emergens als auf lucrum cessans, auf den Ersatz des faktischen Schadens, der im Gefolge des Abschlusses des Vertrages, auf Grund des Irrtums über seinen Rechtsbestand eingetreten ist, und des hypothetischen Vorteils, der ohne diesen Vertragsschluss und ohne diesen Irrtum eingetreten wäre (vgl. B. G.-B. § 252). So ist es demnach begrifflich möglich, dass der Betrag des negativen Vertragsinteresses den des positiven übersteigt, d.h. also als erlittener Schaden und entgangener Gewinn einen grösseren Vermögenswert repräsentirt als der Betrag des zu ersetzenden positiven Interesses.

In seiner Funktion als Gegenstand eines Ersatzanspruches fällt das negative Vertragsinteresse seinem Höchstbetrage nach jedoch zusammen mit dem Betrage des positiven Vertragsinteresses, d. h. also soweit dieses bei Gültigkeit des in Rede stehenden Vertrages zu ersetzen gewesen wäre. Inkorrekt ist es daher, wenn Cosack, „Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts“, auf S. 321, § 92, 2 sagt: „Sollte ausnahmsweise das positive Interesse „geringer sein als das negative, so muss sich die Gegen„partei mit der Erstattung des ersteren begnügen“. Denn: sie bekommt in den betreffenden Fällen niemals das positive, sondern stets nur das negative Interesse bis zum Betrage des positiven; beide Arten des Interesses sind eben begrifflich verschieden.

Einen Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses kann es, so entwickelten wir, nur geben bei Ungültigkeit (Nichtigkeit oder zu Recht erfolgter Anfechtung) des äusserlich abgeschlossenen Vertrages. Der Fall des anfechtbaren Vertrages kommt für unsere Erörterung nicht in Betracht, da dieselbe nur den Fall des nicht zu Stande gekommenen Vertrages berücksichtigen will. Ein anfechtbarer Vertrag ist ja aber ein gültig zu Stande gekommener Vertrag. Er macht weiter auch in Bezug auf die Verjährung der sich auf ihn gründenden Ersatzansprüche theoretisch wie praktisch keinerlei Schwierigkeiten.

Der Anfechtungsberechtigte hat, bspw. im Falle des Dolus des anderen Teils, die Möglichkeit, den Vertrag in Kraft bestehen zu lassen und mit der einschlägigen Kontraktsklage auf Erfüllung zu klagen, daneben bleibt der gegnerische Dolus als Entschädigungsgrund bestehen.

Nach herrschender Ansicht soll im Falle des Dolus bei erfolgtem Vertragsschlusse stets nur die Kontraktsklage anwendbar sein (Dernburg, Paud. II., S. 370; I., S. 247, Anm. 4). Sonst bliebe noch die weitere Möglichkeit, den Vertrag mit der actio doli anzufechten und auf Entschädigung zu klagen (Restitution). Diese Klage würde in zwei Jahren von Begehung des Dolus ab verjähren. (Dernburg, Pand. II., S. 370.)

So bleibt denn für unsere weitere Betrachtung nur die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages als erste Voraussetzung für die Entstehung des in Frage kommenden Ersatzanspruchs bestehen.

§ 4.

Wir sind zu der Statuirung dieser Voraussetzung gelangt durch die Entwicklung des Begriffes des negativen Vertragsinteresses als des Interesses an dem Nichtgetäuschtsein über den Bestand des in Wirklichkeit ungültigen, aber für gültig gehaltenen Vertrages.

Wie stellt sich das gemeine Recht zu diesem mittelst einer abstrakten Begriffsentwickelung gefundenen Resultate? Wir werden sehen, dass von der gemeinrechtlichen Doktrin zu dem ausgesprochenen Fundamentalsatze in der verschiedensten Weise Stellung genommen ist. Man hat — dies ist die überwiegende Majorität — das Erfordernis der Nichtigkeit anerkannt, um dann aber wiederum die verschiedensten Konsequenzen aus ihm für die juristische Konstruktion des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu ziehen. Man hat ihm die Anerkennung versagt, und ist auch dann wieder zu ganz verschiedenen Resultaten gelangt.

Es liegt nun aber so, dass ein Teil der Opposition das Erfordernis der Nichtigkeit des Vertrages nur zu dem Zwecke verwirft, um durch die Gültigkeit des Vertrages hindurch stets zum Ersatz des Erfüllungsinteresses gelangen zu können; denn diese Ansicht erkennt die Existenzberechtigung des negativen Vertragsinteresses überhaupt nicht an, sondern wirft den ganzen Begriff als praktisch nicht verwertbar über Bord. Dies Radikalmittel gebrauchen Bähr, a. a. O., ebenso Hartmann, Arch. f. civ. Pr., Bd. 72, S. 214, Bekker, krit. Vierteljahrs-Schrift, Bd. 22, S. 57, und Kohler, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 226 ff., letzterer geleitet von dem Bedenken, das Operiren mit dem negativen Vertragsinteresse würde eine endlose Reihe leidiger Prozesse heraufbeschwören.

Wir können uns eine Erörterung und eine Kritik dieser Ansichten sparen, da sie es ja zu einem Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses überhaupt gar nicht erst kommen lassen (s. gegen diese Ansicht Melliger, a. a. O. S. 171—176).

Berücksichtigung dagegen fordert die Ansicht auf Seite der Opposition, die das Erfordernis der Nichtigkeit leugnet, einen gültigen Vertrag entstehen lässt und dann auf diesen gültigen Vertrag einen Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses gründen will. Vertreten wird diese Ansicht von Köppen, „Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden", Jahrb. f. Dogm., Bd. XI, S. 282 ff.

Köppen will darauf hinaus, den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, der ja bei Nichtigkeit des Vertrages kein rein kontraktlicher Anspruch sein kann, zu einem solchen zu machen. Er leugnet die Not-

wendigkeit des consensus, als einer Willensübereinstimmung, für das Zustandekommen eines Vertrages. Er fordert diese letztere nur zur Herbeiführung des durch die Vertragsabsicht gewollten Rechtsverhältnisses. Kommt dieses wegen Mangels der Willensübereinstimmung nicht zu Stande, und folglich auch kein Anspruch auf Erfüllung, so liegt dennoch ein gültiges Rechtsgeschäft (Vertragsschluss) vor, das eine Verpflichtung zum Schadensersatz (Ersatz des negativen Vertragsinteresses) zu erzeugen vermag. — Die Thatsache, dass das Erfordernis eines consensus für einen gültigen Vertragsabschluss in den Quellen verbürgt ist, vermag Köppen natürlich nicht aus der Welt zu schaffen. Deshalb bedeutet consensus für ihn nur „Übereinstimmung in der Erklärung". So hat er überall einen gültigen Vertrag, wo sonst der Mangel der Willensübereinstimmung die Ungültigkeit zur Folge haben musste, bis auf den Fall des Irrtums in der Erklärung. Hier fehlt eben der Erklärungswille, dessen Vorhandensein in den anderen Fällen, bspw. beim Mangel im Objekt, den Haftungsgrund hergeben musste. Hier greift deshalb Köppen notgedrungen zu der Fiktion des Garantievertrages, die auch bei anderen Theorieen, wie wir noch sehen werden, aushelfen muss, und lässt so auch hier, bei Mangel selbst seines consensus, den Vertrag gültig sein. Also der abgeschlossene Vertrag soll gültig sein. Nun fängt Köppen an, mit der culpa zu operiren. Da auf Ersatz des Erfüllungsinteresses nur dann geklagt werden kann, wenn das bezweckte Rechtsverhältnis wirklich zu Stande gekommen ist, auf der anderen Seite aber der äussere Vorgang des Vertragsschlusses, das gültige Rechtsgeschäft, das Köppen vorher mühsam zu Stande gebracht

hat, ihm doch wieder nicht genügen zu können scheint zur Begründung einer Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses, so nimmt er eine vertragliche — der Vertrag ist ja gültig — culpa zu Hülfe. Diese culpa hat nun einerseits zur Folge gehabt, dass es nicht zu der nötigen Willensübereinstimmung und so nicht zu dem beabsichtigten Rechtsverhältnis gekommen ist, sondern nur zu dem Rechtsgeschäfte des Abschlusses eines gültigen Vertrages. Auf der anderen Seite bildet sie jetzt aber den Rechtsgrund für den kontraktlichen Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

Diese doppelte Rechtswirkung legt Köppen derselben culpa bei, der er ausservertraglich die Kraft zur Erzeugung einer Ersatzverpflichtung, einem unerschütterlichen Grundsatze des römischen Rechtes folgend, absprechen musste, — deshalb kommt er ja zu seiner Vertragskonstruktion, — auf Grund und im Rahmen dieses seines gültigen Vertrages.

Aber, so fein das alles ausgedacht ist, die Verleugnung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsverhältnis ist begrifflich nicht zulässig. Wer einen Vertrag schliesst, thut dies um des Zustandekommens des bezweckten Rechtsverhältnisses willen. Dies ist die Vertragsabsicht. Es wäre ein Widersinn, wenn ein Vertragschliessender beim Vertragsschlusse nebenbei für den Fall des Nichtzustandekommens des bezweckten Rechtsverhältnisses ebendemselben Vertrage eine Eventualwirkung beilegen wollte, die derjenigen, um derentwillen er geschlossen wurde, stracks zuwiderläuft, sie begrifflich ausschliesst. Dazu würde es notwendig eines besonderen, selbständigen Vertrages bedürfen. Dieser

eine auf die Erfüllung abzielende Vertrag ist nichts weiteres als einzig und allein das Mittel zur Realisirung der in ihm ausgesprochenen Vertragsabsicht. Er kann nicht zugleich einen Zweck haben, dessen Entstehung erst durch die Vereitelung des Hauptzweckes bedingt ist. Was die Parteien aber nach der Vereitelung des Hauptzweckes noch alles wollen und wünschen, das können sie unmöglich nachträglich zum Inhalt des umsonst geschlossenen Vertrages machen.

Ausserdem wird die von Köppen herangezogene culpa bei ihm, nicht anders wie bei Ihering, der, wie sich zeigen wird, auch mit ihr operirt, geradezu zur blossen Veranlassung herabgemindert, sie musste es werden, wenn anders sie überhaupt zu gebrauchen sein sollte.

So ist denn der Versuch Köppen's, die Voraussetzung der Nichtigkeit des Vertrages aus dem Wege zu räumen und den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses als einen rein kontraktlichen zu konstruiren, aus den verschiedenen ausgeführten Gründen als misslungen zu bezeichnen.

Die Widerlegung der Köppen'schen Ansicht führt uns zu unserer Behauptung zurück, dass die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages Voraussetzung sein muss für die Entstehung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

§ 5.

Wie verhalten sich die Quellen zu diesem von uns statuirten Erfordernisse?

Wir wollen im Folgenden untersuchen, erstlich, ob die Quellen überhaupt unseren Anspruch kennen, und

dann weiter, ob dieser von den Römern ebenfalls nur bei nichtigen Verträgen angenommen ist.

Mit der Bejahung der ersten Frage würde sich die Behauptung erledigen, dass in dem vom Vertragsinteresse handelnden Quellenstellen immer nur von einem Erfüllungsinteresse die Rede sei. Mit der Bejahung der zweiten Frage wäre die Quellenmässigkeit der oben nur begrifflich entwickelten Behauptung erwiesen.

Zunächst kommt in Betracht die l. 62 § 1 D. 18, 1:

„Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ‚ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur'."

Mit den letzten Worten ist das, was Ihering den „Anspruch auf das negative Vertragsinteresse" nennt, deutlich bezeichnet.

Es fehlt allerdings nicht an Gegnern, welche diese Stelle von einem Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses sprechen lassen wollen. (Cujacius, Observ. II, c. 5; Donellus, comm. iur. civ. XII, c. 20 §§ 16, 17; Leonhard, Ztschr. f. d. gesamte Handelsr. XXVI, S. 671; Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung, S. 124.)

Um dies zu können, nehmen die Gegner einmal Gültigkeit des Kaufes einer res extra commercium an (so Leonhard, a. a. O., S. 293 ff.; Brinz, Pand. II, § 246; Arndts, Pand., § 300, Anm. 7; Bernhöft, Jahrb. f. Dogm., Bd. 14, S. 138; Bähr, ibid., S. 399) oder sie deuten die citirte Stelle dahin, dass Modestinus „zwar keine emtio vorhanden sein lasse, aber doch eine actio ex emto", auf Grund derer „der Promittent gemäss der Entwicklung des späteren römischen Rechts regelmässig

zum Ersatze verpflichtet" sei. (Dernburg, Pand., V. Aufl., Bd. II, § 16, sub. B u. Anm. 13.)

„Ursprünglich war die Obligation schlechthin wirkungs-„los, wenn Unmögliches ihren Inhalt bildete . . . . . Aber „die freiere spätere Jurisprudenz ging weiter und gab bei „dem Verkauf . . . . einer res extra commercium . . . . die „actio ex emto." (Dernburg, a. a. O.)

Aber es heisst ausdrücklich: „licet emtio non teneat", also der Kaufvertrag ist nichtig.

So sagt auch Ude, im Arch. f. civ. Pr., Bd. 48, S. 266: „dass a) der Vertrag an und für sich, sofern er auf wirk-„liche Erfüllung . . . . gerichtet gewesen, unverbindlich sei „— emtionem non tenere —, b) dem getäuschten Käufer „indess die actio emti mit der Wirkung der actio doli zu-„stehe, und c) diese Klage auf Schadensersatz nicht etwa „— wie bei wirksamen Verträgen, — auf das Interesse „wegen Nichterfüllung, sondern auf dasjenige gerichtet sei, „quod interfuit emtoris ne deciperetur".

Auf die unter b) von Ude aufgestellte Behauptung einzugehen ist hier nicht der Ort. — Weiter heisst es bezüglich der Nichtigkeit des Vertrages bspw. in l. 22 h. t.: „si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emtionem", und in l. 34 § 1 h. t.: „quas (sc. res) natura vel gentium ius . . . commercio exuerunt, earum nulla venditio est". Ferner deutet in der citirten Stelle das „ex emto tamen" auf einen Gegensatz hin, der hier eben darin liegt, dass trotz der Nichtigkeit des Kontraktes die actio ex emto gegeben wird (s. betreffs der Beweisführung Melliger, a. a. O., S. 34—41). Ebenso ist in dem Falle der l. 8 § 1 D. 11, 7 aus dem Umstande, dass der Prätor eine actio in factum gegen den Verkäufer

giebt und nicht etwa trotz des Vorliegens eines Vertragsabschusses eine actio emti utilis, die doch sonst sogar zur Aufhebung des Vertrages — cf. l. 11 § 6 D. 19, 1: „ad distrahendam emtionem“ — verwendet wird, darauf zu schliessen, dass der Gegenstand dieser Klage „in factum“ nicht der Ersatz des Erfüllungsinteresses (so Leonhard, a. a. O., S. 294; Arndts, a. a. O.; Brinz, a. a. O., Anm. 2 u. 3; Bernhöft, a. a. O., S. 139; Bähr, a. a. O., S. 397; Bechmann, Kauf, I, S. 686), sondern eben der des negativen Vertragsinteresses ist (so Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung, S. 122, 124; Ude, a. a. O., S. 268). Auch diese Stelle handelt von einem nichtigen Vertrage: „si locus religiosus pro puro venisse dicetur“ (vgl. Melliger, a. a. O., S. 41—45).

Ferner handeln vom negativen Vertragsinteresse die l. l. 8 und 9, D. 18, 4:

„. . . . ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur; si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emtor a ven ditore consequatur“ l. 9: „et si quid emtoris interest“.

Hier bedeutet „ipsa aestimetur“ das Erfüllungsinteresse, „pretium dumtaxat . . .“ u. s. w. das negative Vertragsinteresse; ferner bezeichnet das „quid in eam rem impensum est“ das damnum emergens und das „si quid emtoris interest“ das lucrum cessans.

Man könnte versucht sein, dies „si quid emtoris interest“ als Bezeichnung des Erfüllungsinteresses hinzustellen und danach dann das „ipsa aestimetur“ den Sachwert der Leistung bedeuten zu lassen, die nur juristisch unmöglich ist, deren Objekt aber faktisch existirt. Wäre

der Gegensatz so zu verstehen, dann wäre im Falle der natürlichen Unmöglichkeit der Leistung (Nichtexistenz des Objekts) der Umfang der Haftung grösser als im Falle der juristischen Unmöglichkeit (Mangel des Veräusserungsrechtes). Für diese Unterscheidung ist aber ein innerer Grund nicht vorhanden. Auch spricht gegen die Annahme der Gültigkeit des Vertrages die l. 8 pr. D. 18, 1; l. 15 pr. D. h. t.; l. l. 1 u. 7 D. 18, 4; l. 57 D. 18, 1 (vgl. Melliger, a. a. O., S. 46—51).

Einen weiteren Beleg für die Existenz des negativen Vertragsinteresses im römischen Recht bietet die vielumstrittene l. 21 § 2 D. 19, 1: „. . . . venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum“ (sc. emtorem).

Bei dieser Stelle aber ist andererseits die Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Vertrages ausserordentlich in Frage gestellt, da die Handschriften sowohl die Lesart „emtionem esse“ führen (so die Florentina), (für diese Savigny, System III, S. 287; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 574; Mommsen, a. a. O., S. 33 und Beiträge S. 208; Leonhard, a. a. O., S. 464), als auch die entgegengesetzte „emtionem non esse“ (für diese Köppen, a. a. O., S. 283; Bernhöft, a. a. O., S. 147; Wächter, Pand. II, S. 372). Da man bei der einen wie bei der anderen Auffassung über Zweifel an der Richtigkeit derselben nicht hinwegkommt, so ist die Stelle besser nicht anzuziehen — so auch Ihering —, so viel Bedeutung ihr auch beizulegen wäre als der einzigen, die unsere Frage auf dem Gebiete der Irrtumslehre behandelt (vgl. hierüber Melliger, a. a. O., S. 51—57).

Ihering (S. 63) und ebenso Ude, a. a. O., S. 270, haben dafür wieder den § 5 J. de emt. 3, 23 ins Treffen

geführt. Darin ist ihnen nicht zu folgen. Die Stelle ist für den Beweis der Existenz des negativen Vertragsinteresses schlechterdings nicht zu gebrauchen. Es ist in der Stelle in erster Linie von einem gültigen Vertrage und dem Anspruche auf Ersatz des Erfüllungsinteresses die Rede, auf das negative Vertragsinteresse wird in unklarem Zusammenhange nur andeutungsweise hingewiesen.

Im Schlusssatze der Stelle heisst es: „idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit".

Gerade den Verkauf eines freien Menschen finden wir aber in verschiedenen Digestenentscheidungen ausnahmsweise als gültig bezeichnet, sofern nur der Käufer dies Fehlen der Vertragsvoraussetzung nicht kannte (cf. l. 70 D. 18, 1; l. 34 § 2 eod.; l. 39 § 3 D. 21, 2; l. 4 D. 40, 13).

Aus diesem Verkauf haftete nach den erwähnten Entscheidungen der Verkäufer auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (cf. l. 4 D. 40, 13: venditio quidem tam servi quam liberi contrahi potest et stipulatio de evictione contrahitur: non enim de eo loquimur, qui sciens liberum emit). — So wäre also aus der unklaren Ausdrucksweise des § 5 J. 3, 23 eher die Statuirung einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse herauszulesen.

Es bleiben also die drei Fälle der l. 62 § 1 D. 18, 1, der l. 8 § 1 D. 11, 7, und der l. l. 8 und 9 D. 18, 4, von denen die zwei ersten die Nichtigkeit des Vertrages wegen der juristischen Unmöglichkeit der Leistung (res extra commercium), die dritte die Nichtigkeit wegen der natürlichen Unmöglichkeit der Leistung (Nichtexistenz des Objekts) behandeln. Die Nichtigkeit gründet sich also auf den Umstand, dass der Vertragsgegenstand der Verkehrs-

welt entzogen ist und so dem Vertrage selbst ein wesentliches Element fehlt. (cf. Melliger, a. a. O., S. 192.)

Ude, a. a. O., S. 271: „Verträge welche eine res extra „commercium ... zum Gegenstande haben, sind ungültig „und unwirksam und können deshalb weder eine Klage auf „wirkliche Erfüllung noch einen Anspruch auf Leistung des „Interesses erzeugen."

Soweit die gemeinrechtlichen Quellen.

Wir versparen es uns für spätere Gelegenheiten, zu untersuchen, wieweit die Anerkennung eines Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses auch bei den übrigen Fällen des nichtigen Kontrakts in analoger Anwendung des bei der objektiven Unmöglichkeit der Leistung gewonnenen Resultates Berechtigung hat. Da uns die Quellen in dieser Hinsicht im Stich lassen, so werden wir diese übrigen Nichtigkeitsfälle gelegentlich der Erörterung der verschiedenen gemeinrechtlichen, unseren Anspruch betreffenden Konstruktionsversuche, soweit sie bei diesen eine Rolle spielen, kurz streifen und dann später, nach ev. Statuirung eines allgemeinen Rechtsgrundes für unseren Anspruch, feststellen, wieweit die in Frage kommenden Nichtigkeitsfälle sich in ihrer Verschiedenartigkeit dem gefundenen Prinzipe anzupassen vermögen. —

II. Der Rechtsgrund des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

Wir haben nun gesehen: Ein Vertrag ist abgeschlossen und dieser Vertrag ist nichtig. Trotzdem knüpfen sich rechtliche Verbindlichkeiten an ihn, denn ohne diese keine Klage. Sind diese Verbindlichkeiten nun als vertragliche oder als ausservertragliche aufzufassen, m. a. W., ist der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses ein kontraktlicher oder ein ausserkontraktlicher Anspruch? Und welches ist weiter sein Rechtsgrund? Die Schwierigkeit, welche in die Beantwortung der Frage nach dem Rechtsgrunde unseres Anspruchs durch die Thatsache der Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Vertrages hineingetragen wird, ist gerade die Veranlassung gewesen, warum man einerseits den Begriff des negativen Vertragsinteresses überhaupt, und mit ihm den Anspruch auf Ersatz dieses Interesses ganz hat aus der Welt schaffen wollen, um so die Lösung der Frage von vornherein überflüssig zu machen (so Bähr und die S. 16 Citirten), oder den springenden Punkt, die Nichtigkeit des Vertrages, hinweggeleugnet hat (Köppen); sie ist auch weiterhin die Veranlassung gewesen, warum man bei Anerkennung des Erfordernisses der Nichtigkeit des Vertrages die dadurch

nötig gemachte juristische Konstruktion eines besonderen, ausserhalb dieses Vertrages liegenden Rechtsgrundes in der verschiedensten Weise versucht hat.

§ 6.

Wenn wir jetzt an die Betrachtung dieser Konstruktionsversuche hinangehen wollen, so muss den Ausgangspunkt dafür die Feststellung bilden, welcher Art die römische Klage auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, so wie sie in den citirten Einzelentscheidungen auftritt, gewesen ist.

Die l. l. 8 und 9 D. 18, 4 cit. lassen zwar eine Klage Platz greifen, „emtor a venditore consequatur", bezeichnen diese aber nicht näher. Dagegen spricht die l. 62 § 1 D. 18, 1 cit. von einer „actio ex emto", die l. 8 § 1 D. 11, 7 von einer „actio in factum, quae quasi ex emto actionem continet". Demnach wurde bei dem Thatbestand der l. 62 § 1 cit. die Kontraktsklage, bei dem der l. 8 § 1 cit. eine der Kontraktsklage ähnliche actio in factum „quasi ex emto" gegeben.

Die Gründe, die die Römer zu der Inkonsequenz geführt haben, trotz nichtigen Kontrakts die Kontraktsklage „ex emto" zu geben, liegen klar auf der Hand: sie beruhen in der Starrheit und dem Formalismus der altrömischen Prozesshandhabung, die mit möglichst wenigen einheitlich gestalteten Mitteln operiren wollte. Später, sobald die Inkonsequenz allzuschroff erscheinen mochte, half man sich mit einer actio in factum, die der Prätor jedesmal dann aus Billigkeitsgründen kreirte, sobald für den im konkreten Falle vorliegenden Thatbestand im Edikt kein Schema, keine Prozessform vorgesehen war. So kam es zu der actio in factum quasi ex emto.

Das waren Notbehelfe, die allenfalls für die Praxis ausreichen konnten, eine juristische Begründung aber nicht zu finden vermochten. Die Quellen sagen über den Rechtsgrund dieser „Kontraktsklage“ denn auch kein Wort.

1. Die Heranziehung der gemeinrechtlichen ausserkontraktlichen Ersatzgründe.

Deshalb haben in der gemeinrechtlichen Lehre trotz der römischen Kontraktsklage, einige Schriftsteller das Hauptgewicht wieder auf die Nichtigkeit des Kontrakts gelegt und demgemäss ihre Zuflucht zur actio doli oder zur actio legis Aquiliae als den beiden einzigen für ausserkontraktliche Schadensersatzansprüche einschlägigen Klagen genommen.

§ 7.

Den dolus des einen der Kontrahenten fordert Mommsen, Beiträge I und Eröterungen, 2. Heft, zur Begründung eines Ersatzanspruchs bei nichtigem Vertrage. Um aber das Anwendungsgebiet des so begründeten Anspruchs zu erweitern, stellt er die culpa lata auf Grund der l. 226 D. 50, 16: „magna culpa dolus est“, dem dolus gleich. Indessen, auch mit dieser Erweiterung, deren Berechtigung nicht einmal anzuerkennen ist (cf. Ihering, a. a. O., S. 12; E. R. G. in Civils. Bd. XXI, S. 165 ff.) würde der Kreis der zum ausserkontraktlichen Schadenersatz verpflichtenden Fälle ein zu kleiner und somit dem Verkehrsinteresse nicht genügt sein. Die Beschränkung der Haftung auf die Fälle des dolus und der culpa lata ist aber nicht nur unzweckmässig, es ist auch ein innerer Grund für sie nicht zu erkennen. Erstlich fehlt in den erwähnten Quellenstellen jeder Hinweis auf den nach Mommsen erforder-

lichen dolus. Selbst in den Worten „ne deciperetur“ der l. 62 § 1 D. 18, 1 cit. braucht eine Andeutung des gegnerischen dolus nicht erblickt zu werden (a. M. Ude, a. a. O., S. 267, 272 sub b u. c). Der Sprachgebrauch kann hier das Passivum ebenso gut zur Bezeichnung des Zustandes des blossen „Getäuschtseins“, ohne die Voraussetzung der darauf gerichteten Absicht eines Täuschenden, verwandt haben, als wie zur Bezeichnung des „Getäuscht worden sein“, das auf das dolose Verhalten eines Anderen zurückzuführen sein würde. Es ist also ein ersatzbegründender dolus in den Stellen nicht aufzufinden, es ist vielmehr im Gegenteil die doch gewiss naheliegende Gelegenheit, durch die Bezeichnung der einschlägigen Klage auf ihn hinzudeuten, offensichtlich vermieden worden: Es wird nicht die actio doli, sondern die actio emti und im anderen Falle gar eine neuformulirte actio in factum gegeben. Mommsen sucht dieser gegen seine Ansicht sprechenden Auffälligkeit dadurch zu begegnen, dass er die erwähnte l. 8, § 1 D. als von einem gültigen Vertrage handelnd hinstellt, was bereits oben als nicht angängig zurückgewiesen ist. Mommsen sucht schliesslich in Ermangelung eines direkten für seine Theorie sprechenden Beleges den Beweis der Richtigkeit derselben durch den Hinweis auf allgemeine römische Rechtsgrundsätze zu erbringen (S. 42). Nur der dolus sei allgemein vom römischen Recht als causa obligationis anerkannt. Da bei gültigem Vertrage nur für dolus in contrahendo gehaftet werde (Erörter. S. 40), so sei es ein Widersinn, bei Abschliessung eines nichtigen Vertrages nicht auch nur für dolus in contrahendo haften zu lassen, sondern schon für dieselbe levis culpa, die bei der Erfüllung aus gültigem Vertrage

haftbar mache. Mommsen verkennt hierbei, dass bei Gültigkeit des Vertrages die actio doli in der Kontraktsklage enthalten war oder neben ihr, sie ergänzend, in Anwendung kam. War hierdurch dem Gerechtigkeitsgefühl Genüge gethan, so hätte umgekehrt die Beschränkung der Haftung auf den Fall des dolus in contrahendo demselben absolut nicht zu entsprechen vermocht, wo doch bei Nichtigkeit des Vertrages die Kontraktsklage nicht mehr Platz greifen konnte. Nehmen wir allein nur die Vererblichkeit der Klage. Eine auf dolus beruhende Deliktsklage hätte dieselbe ausschliessen müssen. Ulpian aber lässt in der l. 8, § 1 D. 11, 7 die Klage als eine quasi ex emto actio „in heredem competere".

Und auf der anderen Seite auch wiederum die Beweislast. Wie soll der Kläger immer in der Lage sein können, den dolus der Gegenseite zu beweisen? Und schliesslich muss doch die praktische Brauchbarkeit einer Rechtsregel massgebend sein für ihre Statuirung.

Mommsen hat denn auch in der wohlbegründeten Empfindung, dass der dolus und die culpa lata allein als Haftungsgrund nicht auszureichen vermöchten, für die Fälle, in denen die Willenserklärung auf der einen Seite eine Offerte bildet, ein Mandat zu konstruiren versucht und demnach die actio mandati contraria zum Schutze des Geschädigten herangezogen. Wir werden später den Rückgriff auf das Mandat bei der Kritik derjenigen Konstruktionsversuche zurückweisen, welche ausschliesslich auf dem Mandat fussen. Die von Mommsen, wie auch von einigen älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern vor ihm verfochtene Beschränkung der Haftung auf den Fall des gegnerischen dolus glauben wir hinlänglich als quellenwidrig und un-

praktisch charakterisirt zu haben. Man wird sie als haltlos fallen lassen müssen. (cf. Drechsler: „Über den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen". Dissert. 1873; S. 21.)

§ 8.

Eine ausservertragliche Haftung konstruirt weiter auch Dernburg, aber der Weg, den er einschlägt, ist seinem Ausgangs- wie seinem Zielpunkte nach ein völlig anderer als der von Mommsen gewählte.

Dernburg, Pand. II, S. 28, Anm. 11, knüpft an die actio legis Aquiliae an. Diese actio sei im römischen Recht selbst in ihrer analogen Anwendung beschränkt geblieben auf den Fall des „damnum corpore corpori datum". „Anders war es nach der älteren gemeinrechtlichen Lehre „und Praxis. Nach ihr galt man wegen jeder verschuldeten „Schadenszufügung als zur Schadloshaltung verbunden und „mit der actio legis Aquiliae utilis haftbar. .... Bei be„stimmten Thatbeständen hat man an der ausserkontrakt„lichen Schadensklage wegen jeder Verschuldung fest„gehalten .... Verschulden bei Vertragsunterhandlungen „— culpa in contrahendo — macht, auch wenn es nicht zum „Vertrage kommt, also ausserkontraktlich, ersatzpflichtig". (a. a. O. § 135, S. 367 ff.) Dernburg will auf eine ausserkontraktliche Haftung wegen culpa levis hinaus. Er fühlt, dass diese ausgedehnte Haftung eine Forderung der Billigkeit ist. Aber auf dem Wege, der ihn zu diesem erstrebenswerten Resultate gelangen lässt, ist ihm nicht zu folgen. Der Beweis, dass sich im gemeinen Recht gewohnheitsmässig eine ausserkontraktliche Haftung für culpa levis in Anlehnung an die actio legis Aequiliae festgestellt habe, kann nicht geführt werden (vgl. E. R. G. in

Civ.-Sachen, Bd. IX, S. 163; XXI, S. 243; XVIII, S. 71, 116.) Es zeigt allerdings der Entwicklungsgang, den diese aquilische Klage genommen hat, ein Streben nach dem Ziele hin, das Dernburg gern als von ihr erreicht hinstellen möchte. Aber diese Entwicklung ist weder im römischen noch im gemeinen Recht jemals dahin gediehen, dass man die weite Anwendung, die Dernburg von der aquilischen Klage machen möchte, mit gutem Gewissen concediren könnte. (cf. Ihering, a. a. O., S. 24 ff; Melliger, a. a. O., S. 123; Lilie: „Schadensersatz bei nichtigen Verträgen", Dissert. 1898, S. 18 sub III.)

Im Falle der falschen Übermittelung einer Willenserklärung lässt auch Dernburg die actio mandati contraria zur Anwendung kommen: „Die bona fides erfordert es, „dass der Mandant die Deckung einer durch unrichtige Über- „mittelung seiner Aufträge entstehenden Benachteiligung „übernimmt. Er gilt daher als Vertragsschuldner" (a. a. O., S. 324, Anm. 16).

Auf die Zulässigkeit der Zuhülfenahme der Mandatsgrundsätze werden wir, wie schon oben gesagt, später noch zu sprechen kommen.

So sind denn die Versuche sowohl Mommsen's wie Dernburg's, eine ausserkontraktliche Haftung, das eine Mal auf Grund des dolus und der culpa lata, das andere Mal auf Grund auch der culpa levis zu konstruiren, als erfolglos zu bezeichnen.

2. Die Konstruktion einer kontraktlichen Haftung auf Grund besonderer Verträge.

Wir kommen nun zu der Betrachtung derjenigen Konstruktionsversuche, die, genau wie die eben dargelegten,

die Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Vertrages anerkennen, aber auf eine kontraktliche Haftung hinauslaufen.

§ 9.

Von diesen ist zunächst ins Auge zu fassen der Versuch Ihering's, dessen oben angeführte Abhandlung über „culpa in contrahendo" für die ganze weitere diesbezügliche gemeinrechtliche Lehre bahnbrechend gewirkt hat. „Das Gebot der kontraktlichen diligentia gilt für gewordene, „so auch für werdende Kontraktsverhältnisse, eine Verletzung „derselben, begründet hier wie dort die Kontraktsklage auf „Schadensersatz." — „Die culpa in contrahendo ist nichts, „als die kontraktliche culpa in einer besonderen Richtung" (a. a. O. S. 52). „Die culpa besteht darin, dass bspw. „der Verkäufer kontrahirt ohne die Erfordernisse der Gültig„keit des Vertrages in seiner Person prästiren zu können, „und durch den falschen Schein des Kontrakts den anderen „Teil irre führt" (a. a. O. S. 41).

Ihering's Beweisführung stützt sich auf folgende Erwägungen: Der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses sei trotz Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Vertrages ausserkontraktlich nicht zu konstruiren, da die beiden Möglichkeiten der Anwendung der actio doli oder der actio legis Aquiliae aus praktischen Gründen nicht auszureichen vermöchten. So hätten denn die Römer die Kontraktsklage gegeben, da die Nichtigkeit des Kontrakts, wie sie zwar die Verwirklichung der Vertragsabsicht vereiteln müsse, doch andererseits kein Hindernis bilden könne für die Wirksamkeit des Vertragsabschlusses in anderer Richtung, so hier, einen kontraktlichen Ersatzanspruch zu begründen. (cf. die Deduktion Köppen's,

v. S. 17,18). So fänden sich denn in den einschlägigen Quellenstellen die actio emti und eine actio quasi ex emto auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Den Grund dieser Klagen aber bilde die culpa in contrahendo des Beklagten. —

Es wäre nun müssig, sich noch einmal darüber auszulassen, ob die Statuirung der Anomalie einer Kontraktsklage bei nichtigem Vertrage nicht nur ein rein äusserlicher Nothbehelf gewesen ist, zu dem die Römer, vielleicht im vollen Bewusstsein der Inkonsequenz, die sie begingen, greifen mussten, befangen im Banne des strengen Formalismus, der ihr Klagensystem beherrschte. Es wäre jedenfalls eine verkehrte Pietät, wenn man heute von der äusserlichen römischen Bezeichnung „Kontraktsklage" auf die wirkliche innere Natur des Anspruchs als eines kontraktlichen einen Schluss ziehen wollte, wo doch der Widersinn angesichts der Nichtigkeit des Kontrakts ein augenscheinlicher ist. Darum sollte man auch weiterhin jede Anstrengung sparen, eine Ehrenrettung der in den Quellen unmotivirt gebliebenen Kontraktsklage gewaltsam durchzudrücken, und sich nicht die Mühe machen, unter Zuhülfenahme eines Mittels, von dem die Quellen selbst nichts wissen und ahnen, den Widersinn notdürftig abzuschwächen. Es bedarf vielmehr einer von Grund aus gesunden und haltbaren juristischen Konstruktion unseres Anspruchs, von der die Quellen bei ihrer Kontraktsklage nichts zu sagen wissen; es thut not, einen Weg zu finden, der über den Widersinn hinweg zu einem besseren Resultate führt als dem in ihm ausgesprochenen.

Aber, — wir wollen sehen, was Ihering mit der Anomalie anfängt. Er schlägt also die kühne Brücke von

der Nichtigkeit des Vertrages zur Kontraktsklage mittelst seiner culpa in contrahendo. Sie soll für ihn den Rechtsgrund dieser seltsamen Kontraktsklage abgeben. Aber sie bringt es nicht fertig. Wenn Ihering selbst sagt, dass ohne den Gesichtspunkt der culpa eine Schadensersatzklage vorläge, welche keine Verschuldung auf der anderen Seite erfordere; dass sie mit diesem Gesichtspunkte diese Singularität vermiede und den normalen Charakter einer jeden Schadensersatzklage gewönne (a. a. O., S. 40), so giebt er damit selbst den rein äusserlichen Grund dieses Culpa-Erfordernisses an.

„An diesen Gesichtspunkt der culpa knüpft sich das „Interesse der juristischen Rechtfertigung und Erklärung der „Schadensersatzverbindlichkeit." „Ein allgemeines Prinzip „für unsere Klage ist nur mittelst der culpa zu gewinnen."

Auf Grund der culpa, dieser seiner „kontraktlichen culpa in einer besonderen Richtung", will Ihering in den sämtlichen Fällen der Nichtigkeit eines Kontrakts, mag sie auf einen Mangel im Objekt oder im Subjekt oder auf der Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens beruhen, die Kontraktsklage auf den Ersatz des negativen Vertragsinteresses geben, wie sie die Römer, soweit in den Quellen bezeugt ist, im Falle der Nichtigkeit infolge der juristischen oder natürlichen Unmöglichkeit der Leistung gaben. Ist diese Verallgemeinerung nun schon deshalb ein gefährliches Unternehmen, weil die beiden römischen Musterfälle wahrscheinlich kein Prinzip in sich schliessen, sondern nur als Notbehelf statuirt sind, so ist das Mittel, das Ihering für diese Verallgemeinerung heranzieht, ein durchaus unzulängliches und unbrauchbares. Was stellt seine culpa in contrahendo vor, wo kommt sie überhaupt her? In

den Quellenstellen ist sie mit keinem Wort erwähnt, so wenig wie der dolus oder sonst ein Rechtsgrund für den Ersatzanspruch. Sie wird von Ihering nur seinem Prinzip zuliebe künstlich in die Quellenstellen hineingetragen, selbst in diejenigen, die ersichtlich von jeder culpa absehen (cf. l. 1, § 2 D. 21, 2: „... etiamsi ignoravit (sc. venditor) ... tamen teneri debere. ... neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate"). Und dann weiter, die Ihering'sche culpa ist in Wahrheit keine eigentliche culpa mehr. So wie er sie ausdehnt, sogar auf den Fall der Benutzung der Post oder des Telegraphen zur Übermittelung einer Willenserklärung, mit der Begründung, dass durch die Wahl dieses Mittels die Möglichkeit einer Entstellung der Erklärung gegeben sei, ferner auf den Fall des Todes des Offerenten nach Absendung und vor Akzeptation der Offerte, ist seine culpa keine Verschuldung mehr, sondern blosse Veranlassung (vgl. Melliger, a. a. O., S. 133—137).

Ferner soll nach Ihering „die Verletzung der kon„traktlichen diligentia sowie bei gewordenen, so auch bei „werdenden Kontraktsverhältnissen die Kontraktsklage auf „Schadensersatz begründen, die culpa in contrahendo ist „nichts als die kontraktliche culpa in einer besonderen „Richtung."

Und dennoch ist die Wirkung dieser in beiden Fällen als kontraktlich gleich zu beurteilenden culpa eine ganz verschiedene. Bei gültigem Vertrage soll sie einen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresse, bei erst werdendem Kontraktsverhältnisse einen solchen auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses begründen (vgl. Melliger, a. a. O., S. 142 o.).

Wir wollen unsererseits den Grund dieser verschiedenen Wirkung einmal näher ins Auge fassen. Der Unterschied in der Wirkung dieser einen vertraglichen culpa muss sich nach Ihering notwendig gründen auf den Unterschied zwischen einem „gewordenen“ und einem „erst werdenden“ Kontraktsverhältnisse. Dies „Werden“ hält bei Ihering bis zum Eintritt des durch die Vertragsabsicht bezweckten Rechtsverhältnisses an. Mit dem Zustandekommen desselben ist der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses begründet, und die bis dahin in pendente gebliebene Eventualwirkung des „Werdens des Kontraktsverhältnisses“, nämlich die Begründung des dem ersten Anspruche begrifflich entgegengesetzten Anspruches auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, kommt nicht mehr in Betracht. Ist die Vertragsabsicht aber vereitelt, der Kontrakt nichtig, so sollen nach Ihering die im Werden begriffenen Kontraktsverhältnisse, soweit sie gerade gediehen sind, eine Wirkung äussern, die der Wirkung begrifflich entgegengesetzt ist, die mit ihrem letzten Abschluss hätte eintreten können und sollen. Zwischen dem „Werden“ und dem „Gewordensein“ des Kontraktverhältnisses ist aber kein Wesens-, sondern nur ein gradueller Unterschied. Es besteht zwischen beiden vielmehr die denkbar engste Verwandtschaft, das erste ist ja in dem zweiten geradezu enthalten. Ein begrifflicher Unterschied steckt aber in den beiden grundverschiedenen Erscheinungsformen, in denen sich die verschieden ausgereiften Kontraktsverhältnisse nachdem zu präsentieren vermögen. Denn in dem einen Falle liegt ein nichtiger Vertrag vor, in dem anderen ist es zu einem gültigen Vertrage gekommen. Darin liegt das Wesentliche. So ist die Wirkung des

Begründetseins des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses ein Ausfluss der Nichtigkeit des Vertrages, des „Nichtgewordenseins des beabsichtigten Kontraktsverhältnisses", nicht aber positiv des „Werdens dieses Kontraktsverhältnisses" in Verbindung mit einer auf Grund dieses „Werdens" bereits „vertraglich" fungirenden culpa.

Wenn schliesslich weiter die culpa in contrahendo dieselbe Behandlung erfahren soll wie die culpa innerhalb eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses, so würde, ebenso wie je nach der Art des Vertrages ein verschiedener Grad von kontraktlicher culpa zur Erzeugung von Ersatzverbindlichkeiten erforderlich ist, auch die culpa in contrahendo in derartigen verschiedenen Abstufungen auftreten müssen und bspw. beim Depositum auf Seiten des Depositars nur als dolus oder culpa lata Berücksichtigung finden können. Statt dessen ist aber die Ihering'sche culpa in contrahendo, wie gezeigt, fast schon identisch mit der blossen Veranlassung. So gerät er mit sich selbst in Widerspruch (vgl. über diesen letzten Punkt der Beweisführung Melliger, a. a. O., S. 142 Mitte).

Es ist nicht zu leugnen, dass Ihering mit der culpa in Wahrheit nur um ihres bedeutungsvollen Namens willen operirt. Um dieses Namens willen glaubt er eine „isolirte positive Bestimmung" vermieden und den Anspruch unter ein „allgemeines Gesetz der Kontraktstheorie" gebracht zu haben. So bleibt auch er eine innere Begründung schuldig und der Widersinn bleibt nach wie vor derselbe. Ihering giebt denn auch selbst später (Schuldmoment, S. 38, Anm. 73) zu: „dass die von ihm aufgestellte Theorie „der culpa in contrahendo, indem sie den beschränkten „Gedanken des subjektiven Unrechts zu Grunde lege, der

„Idee des Verhältnisses selber nicht gerecht werde, und „dass seine Formulirung gewiss durch eine weitere objek- „tivere ersetzt werden würde."

So ist auch die Ihering'sche Theorie, mittelst der culpa in contrahendo den Rechtsgrund für eine kontraktliche Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu konstruiren, als nicht quellenmässig und praktisch nicht durchführbar, vor allem aber als begrifflich unzulässig zurückzuweisen.

§ 10.

Wir hatten schon oben Gelegenheit, auf die versuchte Zuhülfenahme eines Mandatsvertrages zu dem Zweck, unseren Anspruch als einen kontraktlichen zu gestalten, hinzudeuten. Der Repräsentant dieser Theorie ist v. Scheurl, Jahrb. f. Dogm., Bd. II, S. 274. Die Theorie knüpft an den Fall des Widerrufs der Offerte an, also an einen Fall, wo der Vertrag wegen Mangels im Willen nicht zu Stande kommt. In der Offerte soll ein Mandat liegen. Wie nun zum Begriffe des Mandats unbestreitbar eine von Seiten des Mandanten ergehende Aufforderung des Mandatars zu einer Thätigkeit gehört, so soll die Offerte eben eine solche Aufforderung enthalten, sie darstellen. Gewiss wird das nun sehr oft der Fall sein, aber damit ist das Wesen der Offerte nicht gekennzeichnet. Diesem ihrem Wesen nach ist die Offerte nichts als eine auf Eingehung eines Vertrages abzielende Willensäusserung. Sie ist die streng einseitige, auf die Person des Offerenten beschränkte Erklärung über die Stellungnahme des letzteren zu einer ev. Abschliessung dieses oder jenes Vertrages. Auf der anderen Seite ist die Annahme resp. Nichtannahme der Offerte die Erklärung des Oblaten über seine Stellung-

nahme zu der Abschliessung des betreffenden Vertrages. Die auf die beiderseitigen Erklärungen ev. folgende Thätigkeit entfliesst schon dem formell abgeschlossenen Vertrage. Daran vermag nichts zu ändern, dass ein gültiger Vertrag hinterdrein vielleicht garnicht vorliegt. Um deswillen ist noch lange nicht die blosse Offerte das bewegende Moment für das Verhalten des geschädigten Oblaten gewesen.

Weiterhin fehlt bei der Offerte das dem Mandate eigene Zusammengehen der beiderseitigen Interessen. Wenn auch ein Vertragsschluss ebenfalls fusst auf dem Interesse des einen wie des anderen Teils an dem Zustandekommen des Vertrages, so ordnet sich doch beim Mandat das eine Interesse dem anderen geradezu unter und stellt sich in den Dienst desselben, während bei der Offerte der Wille einer jeden Partei auf die Wahrung des eigenen Interesses gerichtet ist, auf das der Gegenpartei aber meist keine Rücksicht nimmt.

Ferner spricht gegen die Annahme der Mandatskonstruktion die beschränkte Möglichkeit ihrer Anwendung. Sie wird von ihren Verfechtern selbst fast ausschliesslich nur beim Widerruf der Offerte verwertet. Das ist ja auch sehr natürlich. In allen den Fällen, in denen die Nichtigkeit des Vertrages nicht auf einen Willensmangel des sogen. Mandanten zurückzuführen ist, wie bspw. bei Unmöglichkeit der Leistung, muss sie versagen. Dieser Nichtigkeitsgrund würde niemals eine Haftung auf Grund des statuirten Mandatsverhältnisses zur Folge haben können, wenn den „Mandanten“ nicht schon ein Verschulden treffen sollte. Denn das Vorhandensein des letzteren wird in den Quellen wie in der gemeinrechtlichen

Lehre als Voraussetzung für eine Haftung aus dem Mandat gefordert (cf. l. 26 §§ 6 u. 7 D. 17, 1; l. 61 § 5 D. 47, 2; Windscheid, Pand. II, § 378, Anm. 16; § 410, Anm. 18; Dernburg, a. a. O. II, § 116, S. 323). So greift am letzten Ende v. Scheurl selbst auf die bona fides als den Rechtsgrund der Klage in den übrigen Nichtigkeitsfällen zurück.

Den Fall der Nichtigkeit des Vertrages infolge eines Willensmangels, nehmen wir also mit v. Scheurl den Nichtigkeitsfall infolge Widerrufs der Offerte, bezeichnet Lilie, a. a. O., S. 17, deshalb als für die Mandatskonstruktion von vornherein nicht zu gebrauchen, „weil ja das Mandat als Konsensualkontrakt gerade Willenskonsens zu seiner eigenen Gültigkeit voraussetze". Dem entgegen ist nun allerdings zu bemerken, dass die Verteidiger der Haftung aus einem Mandat diesen ihren Mandatsvertrag, so wie sie ihn konstruiren, mit Recht als zu Stande gekommen auffassen können, denn die Offerte ist ja angenommen. Durch den nachherigen Widerruf dieser Offerte soll nur das durch die Annahme einer nicht widerrufenen Offerte bedingte Zustandekommen des Hauptvertrages vereitelt sein, die Haftung des „Mandanten" aus dem angenommenen Mandate vermöchte danach aber trotzdem stattzuhaben.

Sei dem, wie es wolle, — selbst auch auf diesem dem Mandate ev. einzuräumenden Anwendungsgebiete würde die Haftung aus ihm nicht zu befriedigen vermögen. Den Gegenstand des mit der actio mandati contraria geltend gemachten Anspruchs würde den Grundsätzen des Mandats zufolge nicht der Ersatz des negativen Vertragsinteresses, sondern die Erstattung des damnum emergens allein bilden können, wobei nach l. 26 § 6

D. 17, 1 nicht einmal der durch Zufall erlittene Schaden ersetzt wird. Da nun der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses gerade der Anspruch ist, um dessen Konstruktion willen man zum Mandat gegriffen hat, so schlägt man sich mit seiner eigenen Waffe, wenn man aus dem Mandat heraus gerade die Rechtfertigung dieses Anspruchs herleiten will.

§ 11.

Mehr für sich hat die Begründung der Schadensersatzpflicht bei nichtigem Vertrage auf einen stillschweigenden Garantievertrag der Kontrahenten.

Windscheid, a. a. O., 6. Aufl., § 307, Anm. 5: „Jeder Vertragschliessende erregt durch den Abschluss „des Vertrages in dem Gegner das Vertrauen auf das „Zustandekommen desselben. Er muss für die Folgen „dieses Vertrauens einstehen, eben weil er dasselbe in „dem Gegner erregt hat. Durch diese Bestimmung über„nimmt er die Garantie für die Folgen desselben."

Drechsler, a. a. O., S. 60, 61: „Wenn die Pacis„centen nach ihrer inneren Überzeugung durch ihre (formell „tauglichen) Handlungen einen Vertrag abgeschlossen haben, „. . . . . so hat durch seine Handlungen jeder Contrahent „den anderen versichert: Du kannst dich jetzt darauf ver„lassen, dass der Vertrag zu Stande gekommen ist, und, „dass ich ihn erfüllen werde. In dem Momente des wenn„gleich nur vermeintlichen Vertragsabschlusses liegt logisch „notwendiger Weise die genannte Versicherung."

Regelsberger, Erörterungen, S. 34: „Was gute und „umsichtige Vertragsteile ausdrücklich verabreden, das darf

„anderwärts als stillschweigende Übereinkunft angenommen „werden."

Für das römische Recht ist dieser Garantievertrag, wie er hier seine Rolle spielen soll, ohne Belang. Denn erstlich ist von einem für das Zustandekommen dieses wie jedes anderen Vertrages doch unbedingt erforderlichen Willen der Parteien in den Quellen nicht die Rede. Und wollte man dennoch sein Vorhandensein annehmen, so würde im römischen Recht auch der gewollte Garantievertrag, als pactum adiectum in seinem Verhältnis zum Hauptvertrage, mit dessen Nichtigkeit hinfällig werden, wenn er nicht schon in der besonderen Form der Stipulation geschlossen worden wäre. Vgl. Bechmann, Kauf, S. 434, Anm. 3: „Für das reine römische Recht ist diese Kon- „struktion deshalb völlig unbrauchbar, weil der Garantie- „vertrag als pactum adiectum doch immer wieder auf einen „gültigen Hauptvertrag zurückgeführt werden müsste."

Wenn nun auch für das gemeine Recht dieses mit dem römischen Formalismus rechnende Bedenken in Wegfall kommt, so muss doch der auf den Garantievertrag gerichtete Parteiwille irgendwo stecken. Er soll in der auf den Abschluss des Hauptvertrages gerichteten Willenserklärung enthalten sein:

„In dem vom Gegner erklärten Vertragswillen liegt „notwendig die stillschweigend gegebene Versicherung" (Drechsler, a. a. O., S. 61). So soll denn auch andererseits wieder diese Versicherung zugleich mit der Acceptation der Hauptofferte, also im Augenblick des Vertragsschlusses, stillschweigend acceptirt sein. Also der Garantievertrag ist immer ohne weiteres mit dem Abschluss des Hauptvertrages abgeschlossen. Aber von der Existenz dieses

Vertrages ist seine Existenz doch wieder nicht abhängig. „Diese selbstverständliche Zusicherung wird durch die „Nichtigkeit des beabsichtigten Kontrakts in keiner Weise „affizirt“ (Drechsler, a. a. O., S. 61).

Daraus folgt, dass der stets gültige Garantievertrag einzig auf dem äusseren Abschluss des Hauptvertrages basirt.

Worauf geht nun diese Garantie? „Darauf, dass der Vertrag zu Stande gekommen ist und dass aus ihm erfüllt werde“ (cf. Drechsler, S. 61). In diesen Worten liegt der eigentliche Inhalt der Garantie: Es wird garantirt, dass aus dem gültig zu Stande gekommenen Vertrage erfüllt werden wird. Darauf soll sich der andere Teil verlassen können, in dieser Hinsicht soll er aller Sorgen enthoben sein. Wird aber auch das garantirt, dass für den Fall der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages der andere Teil für alles das schadlos gehalten werden solle, was er im Vertrauen auf die garantirte Gültigkeit eingebüsst hat? Giebt die stillschweigende Garantieübernahme des an der nachherigen Nichtigkeit vielleicht ganz unschuldigen Offerenten dem Oblaten die Ermächtigung zu jedwedem Thun oder Unterlassen, da ja die Nichtigkeit des Vertrages überhaupt weit aus dem Bereiche aller Möglichkeit liegt? Das kann keinesfalls der Absicht des Garanten entsprechen. Der Inhalt eines „stillschweigenden“ Garantievertrages kann sich lediglich auf die Verwirklichung der Vertragsabsicht beziehen. An die relativ doch fernliegende Eventualität der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages denken die Paciscenten jedenfalls nicht so intensiv, dass sie die Verantwortlickeit für die Folgen der ev. Nichtigkeit „stillschweigend“ in einem Garantievertrage festsetzen, in demselben Garantievertrage, in welchem

ebenso „stillschweigend“ die Verwirklichung der Vertragsabsicht garantirt wird.

Wie es nicht denkbar ist, dass zwei Vertragschliessende in einem und demselben Vertrage das eine und zugleich das andere als das begriffliche Gegenteil des ersten wollen (cf. o. gegen Köppen), so ist es zum mindesten befremdlich, wenn in einem, noch dazu stillschweigenden Garantievertrage sowohl die Verwirklichung der Vertragsabsicht als auch die Verantwortlichkeit für die Folgen ihrer ev. Vereitelung übernommen wird. Mag man deshalb auch ruhig die „Selbstverständlichkeit“ des mit dem Vertragsschlusse selber ohne weiteres erfolgenden Zustandekommens eines solchen Garantievertrages annehmen wollen, der auf die Erfüllung aus dem Vertrage abzielt, die Annahme eines auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses gehenden stillschweigenden Garantievertrages ist nicht gerechtfertigt. Man kann nicht ohne weiteres annehmen, dass ein solcher Vertragsinhalt dem mutmasslichen Willen der beiden Kontrahenten — und das müsste er doch — entsprechen werde.

Man könnte nicht unverfänglich einwenden: Wenn Jemand für den Eintritt eines Erfolges garantirt, so hat er die Folgen des Ausbleibens dieses Erfolges zu tragen. Gewiss hat er das. Aber hat er alle Folgen zu tragen, ohne Rücksicht auf den Kausalzusammenhang? Hat er nicht vielmehr nur die eine Folge auszugleichen, die sich darin ausdrückt, dass der Eintritt des garantirten Erfolges ausgeblieben ist? Diese Ausgleichung besteht in der Herstellung desselben Zustandes, der bei Gültigkeit des Vertrages eben durch diesen vermittelt worden wäre, jetzt, bei Nichtigkeit der Vertrages, durch das Mittel der

übernommenen Garantie. So ist auf Grund der stillschweigenden Garantieübernahme einzig und allein immer nur das positive Interesse am Eintritte des Erfolges, also in unserem Falle das Interesse an der Gültigkeit des Hauptvertrages zu ersetzen. Das negative Vertragsinteresse hat mit dem ganzen Garantievertrage nicht das Geringste zu thun; sein Ersatz müsste schon ausdrücklich in dem Vertrage ausbedungen sein. Dieser soll ja aber „stillschweigend" geschlossen worden sein. Auf den Ersatz des positiven Interesses geht denn auch bspw. der Garantievertrag hinaus, der die Zahlung einer Konventionalstrafe im Falle eines Vertragsbruches im Gefolge hat. Hier stellt die Konventionalstrafe, d. h. also ihr Inhalt, das, was sie an Vermögenswert enthält, begrifflich ein Surrogat für die Erfüllung aus dem Vertrage oder eine Ergänzung derselben dar. Nicht anders im Falle der arrha, die seltsamerweise Drechsler, a. a. O., S. 60, gegen sich selbst ins Feld führt: „Wer .... eine Arrha „giebt, sagt damit, dass der Gegenkontrahent .... sich „auf die richtige Erfüllung des perfekten Vertrages verlassen „könne". In beiden Fällen liegt eine Art Garantievertrag vor, geschlossen zum Zwecke der Modifizirung der vom Gesetz bereits garantirten Rechtsfolgen. Dieser Garantievertrag bezweckt die Durchdrückung der Erfüllung aus dem anderen Vertrage. Bei Ausbleiben dieser letzteren stellt die Erfüllung aus ihm begrifflich die Leistung des Erfüllungsinteresses oder eines Teils desselben dar. Dernburg, a. a. O., II, S. 34, § 12: „Der Empfänger „ist befugt, statt auf Ausführung des Geschäfts zu bestehen „oder Entschädigung zu liquidiren, die Arrha für sich zu „behalten". Ein stillschweigender Garantievertrag aber,

der die Leistung des negativen Vertragsinteresses im Gefolge haben soll, muss immer als etwas Willkürliches, ja Widersinniges erscheinen, wenn bei seinem ausdrücklichen Abschluss schon die Haftung auf den Ersatz gerade dieses Interesses von einer besonderen Abmachung abhängig zu machen ist.

Die Unterstellung einer stillschweigenden Garantieübernahme ist weiterhin von vornherein schon ein ebenso haltloses wie gefährliches Unternehmen.

Die Bedeutung des Parteiwillens würde zu einer leeren Illusion herabsinken, wenn man ihm, der doch eine Garantie ausdrücklich übernehmen kann, wie und so oft es ihm beliebt, überall da die Übernahme einer stillschweigenden Garantie unterschieben wollte, wo dies die Rechtsordnung gewissermassen schon in vorsorglicher Fixirung der bei Ausbleiben des bezweckten Erfolges eintretenden Folgen längst selbst gethan hat. Und wie soll dieser Wille, eine stillschweigende Garantie übernommen zu haben, dem Offerenten vom Oblaten nachgewiesen werden, dessen Vertrauen ohne Erbringung dieses Nachweises ja kein berechtigtes gewesen ist?

Und dann endlich gilt vom stillschweigenden Garantievertrage in einer Richtung dasselbe wie von der Mandatskonstruktion: Der „Mandant“ sowohl wie der „Garant“, beide müssen verpflichtungsfähig sein. Sind sie das nicht, so vermögen für eine wichtige Kategorie der Nichtigkeitsfälle auch die Vertheidiger dieser Konstruktionsversuche das Rätsel, den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresse rechtlich zu begründen, nicht zu lösen.

3. Die erweiterte ausserkontraktliche Haftung.

Windscheid hat denn auch die Annahme eines stillschweigenden Garantievertrages in der 7. Auflage seiner Pandekten (Bd. II, S. 157) fallen gelassen, ebenso Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsrecht II, S. 414, Anm. 8.

§ 12.

Der Erstere hat nach seiner jüngeren Ansicht an die Stelle des den beiderseitigen Willen der Kontrahenten voraussetzenden Garantievertrages die Garantie der Rechtsordnung, ohne Rücksicht auf den Parteiwillen, gesetzt: „Die Entschädigungspflicht des Urhebers der Willens-„erklärung beruht nicht auf seinem Willen, sondern das „Recht legt sie ihm ohne seinen Willen auf."

In demselben Sinne äussert sich Eisele, Jahrb. f. Dogm. Bd. XXV, S. 473 ff. Und Gierke, Entwurf, S. 167, sagt über diese Ansicht:

„Sie genügt vollauf dem Gerechtigkeitsgefühl und dem Bedürfnisse des gutgläubigen Verkehrs." Dasselbe Absehen vom Parteiwillen finden wir bei Pernice, Ztschr. f. Handelsr. XXV, S. 120—123. Er lässt den Erklärenden „aus der Erklärung" haften, der er dem Willen gegenüber eine völlig selbständige Bedeutung einräumt. Seine Theorie läuft auf das „Haften im Wort" hinaus.

Wieder Andere (Thöl, Handelsr. I., 6. Aufl., § 237, Anm. 8; Bechmann, a. a. O. II., S. 434; Goldschmidt, Ztschr. f. d. gesamte Handelsr. XIII., S. 335) gründen unseren Anspruch mit Rücksicht auf das vorwurfsfreie Verhalten des Geschädigten lediglich auf die bona fides.

Das Zurückgehen auf sie als ein das ganze Rechtsleben durchdringendes Prinzip wäre aber nicht präzise und bezeichnend genug. Die bona fides vermöchte wohl die eine oder die andere juristische Konstruktion unseres Anspruchs zu rechtfertigen und überhaupt zu ermöglichen, nie aber selbst als Fundament für denselben zu dienen. Das kann nur ein konkreter Thatbestand, dessen besondere Beurteilung und Klassifizirung allerdings wiederum der bona fides, der Gerechtigkeitsidee anheim zu geben ist. So wird schliesslich auch die Konstruktion des in Rede stehenden Anspruchs behufs ihrer Rechtfertigung an die Hülfe der bona fides appelliren müssen, aber den eigentlichen Rechtsgrund wird diese für ihn nicht ausmachen können.

Ein Zurückgehen auf die das Recht beherrschende aequitas und die Rücksichtnahme auf die bona fides steckt schon unausgesprochen in der Windscheid'schen Theorie der Garantie der Rechtsordnung, und ganz offensichtlich fussen auf der reinen Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit die zuletzt genannten Konstruktionen, indem sie alle vom Parteiwillen und vom Verschulden absehen. Und wie Windscheid den kategorischen Willen des Rechts als den Grund für die Statuirung der in Frage stehenden Verpflichtung bezeichnet, ohne allerdings auf das Warum dieses Rechtswillens einzugehen, so wagt Eisele (a. a. O., S. 487) bereits ausdrücklich von der „Verursachung" des Schadens zu sprechen.

§ 13.

Die Schadensverursachung giebt denn auch thatsächlich schliesslich die einzige Möglichkeit an die Hand, den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses juristisch zu konstruiren.

Allein, bei aller zwingenden Logik, die auf die Statuirung des Veranlassungsprinzipes hindrängt, bei all dem Gerechtigkeitsgefühl, dem durch seine Anerkennung so weitgehend genügt sein würde, wo sind die positiven Rechtssätze, die einzig und allein uns durch ihre ausdrückliche Erlaubnis, das Veranlassungsprinzip anwenden zu dürfen, über unsere Gewissensskrupel hinwegzuhelfen vermögen? Im corpus iuris können wir sie nicht entdecken, nicht einen einzigen. Und doch, wenn man den Beweis erbringen könnte, dass dies Veranlassungsprinzip doch auch umgekehrt wenigstens keinem ausdrücklichen, seine Anwendung ausschliessenden Widerspruche in den Quellen begegne? Ja, vielleicht sogar, dass bei Mangel der Angabe irgend eines anderen Verpflichtungsgrundes doch das Moment der Verursachung als eines solchen Grundes, von einem unbewussten Rechtsgefühl getragen, im römischen Rechte obgewaltet haben müsse?

Es ist in der That so, dass durch das Hineintragen der Veranlassung als Verpflichtungsgrundes in die für uns einschlägigen Quellenstellen diesen keine Gewalt angethan wird, zumal sie eben durch die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages auf der einen und der Nichtheranziehung des dolus und der aquilischen culpa auf der anderen Seite die Zuhülfenahme eines anderweitigen ausserkontraktlichen Verpflichtungsgrundes — trotz Gewährung der Kontraktsklage — nötig machen. Der Thatbestand der Verursachung liegt aber weiter auch in den angezogenen Quellenstellen regelmässig vor. Wir sagen hier formell besser „Verursachung". Es könnte bspw. ein Kaufgeschäft durch den Käufer „veranlasst", d. h. der erste Anstoss zu diesem Geschäft von ihm ausgegangen

sein, die „Verursachung“ des auf Seite des Käufers nachher eintretenden Schadens aber doch in der Person des Verkäufers liegen, der vielleicht durch die weitere Indiehandnahme des Geschäfts, z. B. durch die ihm überlassene Bestimmung des konkreten, nachher nicht existirenden Leistungsobjektes, eben die Nichtigkeit des Vertrages „verursacht“ hat.

Wenn man nun aus den spärlichen vom Ersatz des negativen Vertragsinteresses handelnden Quellenbeispielen die Funktion des Veranlassungsprinzips als eines Rechtsgrundes der Haftung auf dies Interesse herauslesen darf, so ergeben sich daraus zwei wichtige Konsequenzen: Erstlich die Zulässigkeit der Verallgemeinerung der Anwendung des Prinzips auf alle Nichtigkeitsfälle. Denn der Thatbestand der schliesslichen Veranlassung kehrt ja bei allen diesen Fällen wieder, er kann ja nirgends fehlen. Sobald irgendwo und irgendwie ein menschliches Thun oder Unterlassen vorliegt, kann es die Veranlassung bilden für den Eintritt oder Nichteintritt irgendwelcher Rechtsfolgen, deren Ausgleich dann derjenige zu tragen hat, den die Verantwortung für das betr. Thun oder Unterlassen trifft. Sind nun die ausdrücklich in den Quellen genannten Nichtigkeitsfälle wegen objektiver Unmöglichkeit der Leistung dem Veranlassungsprinzip zugänglich, so ist die Ausdehnung der Anwendung desselben auf die Fälle der Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens noch eher gerechtfertigt, mag nun ein Mangel in der Erklärung oder im Willen, im ersten Falle wiederum ein Mangel der gesetzlichen Form oder ein Versehen in der Erklärung oder eine absichtliche oder unabsichtliche Divergenz (Irrtum) zwischen Wille und Erklärung vorliegen. Denn

in diesen Fällen macht sich der Erklärende sozusagen selbst zum veranlassenden Teil. Die Umstände, welche die Nichtigkeit des Vertrages nach sich ziehen, sind, anders wie bei der Unmöglichkeit der Leistung, sämtlich auf seine Person zurückzuführen.

Die wichtigste Errungenschaft in dieser Hinsicht ist aber die Subsumirung der Nichtigkeitsfälle auf Grund der Unfähigkeit des Subjekts unter das Veranlassungsprinzip. Während die Konstruktionsversuche, die auf eine kontraktliche Haftung hinauskamen, folgerichtig die Verpflichtungsfähigkeit des haften sollenden Kontrahenten voraussetzen mussten (cf. Drechsler, a. a. O., S. 62, sub 5), macht das Vorhandensein oder Fehlen dieser Eigenschaften des Kontrahenten für das Veranlassungsprinzip keinen Unterschied. So müssen also, um die extremste Konsequenz zu ziehen, bei Tod des Offerenten die Erben für den Ersatz des negativen Vertragsinteresses im Fall des Widerrufs der Offerte haften, denn auf sie fällt die Veranlassung des Schadens seitens ihres Rechtsvorgängers zurück.

Die zweite Konsequenz der Statuirung des Veranlassungsprinzips ist die, „dass sich der Geschädigte im Irrtum befunden haben muss und frei ist von jeder Nachlässigkeit“ (Melliger, a. a. O., S. 155, sub 3). Dies Erfordernis des vorwurfsfreien Verhaltens des Geschädigten wohnt zwar, wie es ja auch ein selbstverständliches ist, in erster Linie auch denjenigen Konstruktionen unseres Anspruchs inne, die speziell auf das Allgemeingebot der bona fides und der aequitas sich gründen.

„Nur wenn der Geschädigte .... nicht imstande „war, den Mangel zu erkennen, entspricht es der bona „fides, ihm Ersatz zu gewähren“ (Halben, Über den

Schadensersatz aus nichtigen Verträgen, Diss. 1895, S. 55). Nach unserer Konstruktion folgt das Erfordernis des vorwurfsfreien Verhaltens des Geschädigten aber ohne weiteres aus dem Wesen des Veranlassungsprinzips. Der Ersatzanspruch des Geschädigten würde bei blosser Veranlassung des Schadens seitens des anderen Teils stets dann hinfällig sein, sobald diese Veranlassung auch nur zum geringsten Teil auf ihn selbst — natürlich unbeschadet des Kausalzusammenhangs — zurückzuführen wäre.

Wir haben bereits oben bemerkt, dass das Veranlassungsprinzip es weder im römischen noch im gemeinen Rechte zu einer positiven gesetzlichen Anerkennung gebracht hat. Wir haben aber nach der Kritik der übrigen Versuche, den Rechtsgrund des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu konstruiren, gefunden, dass das genannte Prinzip allein im Stande sein kann, de lege ferenda — vom gemeinen Recht aus gerechnet — die Lücke auszufüllen, die dies letztere aus Mangel an Rückhalt an den Quellen und aus pietätvoller Respektirung der römischen Grundsätze über ausserkontraktlichen Schadensersatz, hier notgedrungen hat offen lassen müssen; dass es dazu im Stande ist, ohne in Widerspruch zu treten zu dem Geiste römischen Rechtes, das selbst in einzelnen Ausnahmefällen, einem unbewussten Gerechtigkeitsgefühl folgend, sein überall sonst so glänzend durchgeführtes Verschuldungsprinzip in der Richtung unseres Prinzips durchbrechen zu müssen geglaubt hat (cf. actio de effusis vel deiectis; actio de pastu; actio de pauperie; cantio damni infecti).

Dieses schon im Rahmen des römischen Rechtslebens vereinzelt hervortretende Bedürfnis nach der Zurück-

führung der Ersatzverbindlichkeit auf die Veranlassung des Schadens, hat sich naturgemäss mit der besonderen Gestaltung unseres modernen Rechtsverkehrs derartig gesteigert, dass das dort nur schüchtern und ausnahmsweise berücksichtigte Moment der Veranlassung heute mit Fug und Recht verlangen kann, als Prinzip anerkannt und angewandt zu werden. So ist es denn auch, wie wir gleich hier bemerken wollen, im B. G.-B. dazu berufen worden, für die Konstruktion unseres Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses mitzuwirken: Die Veranlassung des Schadens tritt im B. G.-B. mit als Rechtsgrund auf für die Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

III. Resultat für das gemeine Recht.

§ 14.

Für das gemeine Recht hat nun unsere Untersuchung über den Rechtsgrund des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses Folgendes ergeben:

1. Der Anspruch ist kein deliktischer, da weder der blosse dolus (Mommsen) noch der Thatbestand der actio legis Aquiliae (Dernburg) zum Rechtsgrund der Haftung auszureichen vermögen.
2. Auf eine ausserkontraktliche culpa (oder Veranlassung) schlechthin kann sich der Anspruch ebenfalls nicht stützen, da diese weder im römischen noch im gemeinen Recht allgemein als causa obligationis anerkannt ist.
3. Der Anspruch ist weiter auch kein kontraktlicher, da weder der Vertrag selbst gültig sein kann (Köppen), noch auch ferner bei Nichtigkeit des Vertrages mittelst der culpa in contrahendo (Ihering) eine kontraktliche Haftung zu konstruiren ist.
4. Er ist auch insofern kein kontraktlicher, als auch die Unterstellung besonderer, vom nichtigen Hauptvertrage unabhängiger Verträge, wie des Mandats (Scheurl), des stillschweigenden Garantievertrags

(Drechsler), ferner die Annahme der Garantie des Rechts (Windscheid) keine Hülfe zu bringen vermögen.

So steht denn nur fest, dass der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses seiner rechtlichen Natur nach ein ausserkontraktlicher, und als solcher auf der anderen Seite kein deliktischer ist.

Eine positive Antwort auf die Frage nach dem Rechtsgrunde des Anspruchs giebt das gemeine Recht, so wie es in Geltung war, nicht, da es, um es noch einmal zu sagen, die ausserkontraktliche culpa — und ebensowenig natürlich die Veranlassung — als causa obligationis nicht anerkennt. Die festgestellte Thatsache aber, dass der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, wie er zwar ein ausserkontraktlicher ist, dennoch im gemeinen Recht nicht als Deliktsanspruch aufzutreten vermag, ist entscheidend für unsere Frage nach seiner Verjährung im gemeinen Recht:

Er unterliegt nach ihm der ordentlichen dreissigjährigen Verjährung.

Melliger, a. a. O., S. 159: „Der Anspruch ‚auf das „negative Vertragsinteresse' lässt sich keiner Kategorie, „unterordnen, für die eine ohne Rücksicht auf die Person „des Gläubigers kürzere oder längere Verjährungsfrist fest„gesetzt ist, und daher müssen wir der Regel folgen".

Schmidt, Lehre vom negativen Vertragsinteresse, Diss. 1900, S. 32: „Die Verpflichtung zum Ersatz des „negativen Vertragsinteresses ist ihrer Natur nach weder „eine deliktische, noch eine kontraktliche .... Sie erscheint „vielmehr als eine ausserkontraktliche .... Im Sinne der „modernen Systematik rechnen wir sie somit zu den sogen.

„Zustandsobligationen. Als solche unterliegt sie der „ordentlichen Verjährung".

Halben, a. a. O., S. 55: „Seiner Natur nach ist „der Anspruch ... weder ein deliktischer noch ein kontrakt- „licher, sondern müsste nach römischem Einteilungsprinzip „zu den sogenannten obligationes quasi ex contractu ge- „zählt werden. Als solcher unterliegt er der ordentlichen „Verjährung."

Greven, Das negative Vertragsinteresse, Diss. 1898, S. 25: „Wir halten also die Haftung auf das negative „Vertragsinteresse weder für eine Delikts- noch für eine „Kontraktsobligation. Sie ist vielmehr nach römischer Ein- „teilungsweise zu den obligationes, quae quasi ex contractu „nascuntur, zu zählen, ... auf die jedoch die Regeln über „die Kontraktsobligationen Anwendung finden sollen ... „Daraus ergiebt sich, dass er der ordentlichen Verjährung „unterliegt."

Diese Ansicht ist die herrschende. Von den Neueren hat sich Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl. 1893, an Dernburg angeschlossen. A. a. O., S. 149, Anm. 7: „Die Klage ist in diesem Falle nicht die Kontraktsklage, „da ein Vertrag nicht zu Stande gekommen ist, sondern „eine ausserkontraktliche" (cf. Dernburg). Dieser letztere hält aber augenscheinlich, auf Grund seiner oben dargelegten Konstruktion in Anlehnung an die aquilische Haftung, den Anspruch für einen deliktischen, und unterwirft ihn somit der kurzen dreijährigen Verjährung.

Es braucht wohl kaum noch nachgefügt zu werden, dass natürlich bei Vorsatz des Beklagten die actio doli Platz greifen kann. Diese ausserkontraktliche, auf Entschädigung abzielende Dolusklage würde, wie früher schon einmal

erwähnt, nach gemeinem Recht in zwei Jahren seit Begehung des dolus verjähren, bei vorliegendem Thatbestande demnach während zweier Jahre auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, später nur noch auf die Bereicherung des dolosen Schädigers gehen können. (Dernburg, a. a. O., V. Aufl., II, S. 370; Heilfron, Lehrb. d. deutschen bürg. Rechts, II. Aufl. 1900, I. Abtlg., Allg. Teil, S. 441.)

E. R. G. v. 25. IV. 1889, Bd. 23, S. 178: „Die eigent-„liche actio de dolo auf vollen Schadensersatz (abgesehen „von einer etwaigen Bereicherung ....) verjährt nach l. 8. „C. de dolo malo 2, 21 in zwei Jahren. Für die actio de „dolo gehört zur Nativität natürlich vor allem noch die „Entstehung des Schadens, auf dessen Ersatz sie gerichtet „werden soll ....“

Danach würde die Verjährung der actio doli, die, wie in unserem Falle, auf den Ersatz des negativen Vertragsinteresses abzielt, also auch erst beginnen mit der Entstehung des Schadens, die ja zeitlich stets mit der Begehung des dolus auseinanderfallen muss. Hiervon wird noch weiter unten die Rede sein, gelegentlich der Feststellung des Beginns der Verjährung des in Rede stehenden Anspruchs.

IV. Anhang.

§ 15.

Wir betrachten es nun nicht als zu unserer Aufgabe gehörig, nach Feststellung der besonderen für den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses nach gemeinem Rechte als einschlägig zu erachtenden Verjährungsart, die allgemeinen für dieselbe massgebenden Grundsätze, denen ja weiterhin auch unser Anspruch unterliegen muss, hier zu entwickeln oder auch nur aufzuführen. Das würde auf eine Darlegung der Lehre von der ordentlichen Verjährung obligatorischer Ansprüche hinauslaufen, in der unser Anspruch eine weitere besondere Würdigung nicht zu erfahren brauchte.

Ebenso betrachten wir es als ausserhalb des Rahmens unserer Erörterung liegend, die bekannte Streitfrage, ob „Anspruchsverjährung" oder „Klageverjährung", zu berücksichtigen. (Vgl. hierüber Stargardt, „Anspruchsverjährung und Klageverjährung", Diss. 1898; Eisele, Jahrb. f. Dogm., Bd. 31, 1892, S. 379 ff.; Hellwig, „Anspruch und Klagerecht", Jena, 1900.)

Es handelt sich dabei um einen Streit mehr über blosse Bezeichnungen als über innere Gegensätze. Denn dass die, wirklich praktisch bedeutsamen, Abweichungen, die die Windscheid'sche Anspruchsverjährung allerdings

gegenüber der vom gemeinen Recht anerkannten Klage-(rechts)verjährung zeigt — bspw. betreffs des Beginns der Verjährung, der nach Windscheid mit der Entstehung des „Anspruchs", nach der herrschenden Ansicht mit der Entstehung des „Klagerechts", also bei Forderungen erst mit der Fälligkeit zusammen fällt, dass diese Abweichungen von der Praxis nicht zu berücksichtigen sind, erhellt deutlich, wie wir hier bemerken wollen, aus dem Verfahren des Bürgerlichen Gesetzbuchs, welches, nach dem ersten Entwurf und auch nach dem Wortlaut des § 194 zu schliessen, prinzipiell die Anspruchsverjährung aufgenommen hat, in seinen einzelnen positiven Bestimmungen jedoch auf die Grundsätze der gemeinrechtlichen Klageverjährung in Bezug auf Beginn, Lauf und Wirkung zurückgreift.

Wir wollen nur noch ein Wort über den Beginn der Verjährung unseres Ersatzanspruchs sagen. Die Verjährung beginnt zu laufen mit der Entstehung des Klagerechts, der actio nata (vgl. Savigny, System, Bd. V, S. 280 ff.). Unterholzner, Verjährungslehre, I, S. 288: „Wenn .... „insbesondere klagbare Rechte ihre Klagbarkeit durch Ver-„jährung verlieren sollen, so kann diese Verjährung erst „von dem Augenblicke an beginnen, wo die Anstellung „der Klage rechtlich möglich war (actioni nondum natae „non praescribitur)." Das Klagerecht wird erzeugt nicht erst durch eine Rechtsverletzung (so Savigny, a. a. O., S. 281; Sintenis, Civilrecht I, S. 290; Puchta, Vorlesungen, § 90; Demelius, Untersuchungen I, S. 146 ff.; Keller, Pand., 1. Aufl., S. 171), sondern bereits durch die Nichtbefriedigung eines Rechts. Dernburg, a. a. O. I, S. 348: „Verletzung ist nicht erforderlich; es genügt, dass

„ein gegenwärtiger rechtlicher Anspruch auf Erfüllung be-
„steht, dem nicht Genüge geleistet ist."

So auch die herrschende Meinung. (Vangerow, Arch. f. civ. Pr., Bd. 33, S. 295 ff.; Windscheid, „die Actio", S. 42, Note 11; Brinz, a. a. O. I, S. 165 ff.).

Heilfron, a. a. O., S. 625: „Nach der herrschenden „Theorie begann die Verjährung des Anspruchs ohne „Rücksicht auf das Verhalten des Gegners, sobald der „Anspruch entstanden und unbefriedigt war."

Bei persönlichen Klagen entsteht demnach das Klagerecht mit der Fälligkeit der Forderung, also regelmässig mit ihrer Begründung. Heilfron, a. a. O., S. 627: „Bei „den .... auf ein Thun oder Geben gerichteten Schuld-„verhältnissen entsteht der Anspruch auf Leistung regel-„mässig mit der Entstehung des Schuldverhältnisses, ist daher „auch dann schon unbefriedigt und beginnt zu verjähren."

Wann ist nun die Forderung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses begründet?

Wir haben oben gesehen, dass der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zwei Voraussetzungen hat, eine subjektive, das verantwortliche Verhalten des Schädigers, und eine objektive, das Entstandensein eines Schadens auf Grund der Täuschung über die Gültigkeit eines ungültig abgeschlossenen Vertrages.

Die erste Voraussetzung ist gegeben durch den Abschluss des nichtigen Vertrages. Denn dieser Vertragsschluss bildet immer zum mindesten und stets zutreffend die Schadensveranlassung, mit diesem Abschluss ist der Rechtsgrund des Anspruchs in Existenz getreten.

Die weitere Voraussetzung ist aber die Entstehung des Schadens selber (s. die o. S. 113 cit. E. R.-G., Bd. 23,

S. 178). Diese muss dem Vertragsschlusse stets nachfolgen, weil sie ihrerseits ja gerade die Täuschung über den Bestand des abgeschlossenen Vertrages zur Voraussetzung hat. Der Schaden entsteht aber auf Grund dieser Täuschung weiter dadurch, dass der irrende Teil im Vertrauen auf den Vertragsbestand handelt oder Handlungen unterlässt.

Mit dem Eintreten dieser letzten Voraussetzung beginnt die Verjährung des in Frage kommenden Anspruchs zu laufen.

Eine andere Meinung findet sich augenscheinlich bei Förster-Eccius, Preuss. Priv.-R., VI. Aufl., Bd. I, § 89, S. 543, wo es heisst: „Der Schaden ist entstanden, wenn die „Pflicht begründet ist, ihn zu ersetzen." Und dazu Cohn, Untersuchungen zu § 254, B. G.-B., bei Gruchot, 43. Bd., 1899, S. 112: „Die Pflicht ist begründet, sobald die Hand-„lung oder Unterlassung, die ihn verursacht, begangen ist."

Die die Ersatzpflicht begründende Handlung ist in unserem Falle der Vertragsschluss, in ihm präsentirt sich der Rechtsgrund der Ersatzpflicht. Danach wäre also der Schaden hinsichtlich der Ersatzfrage mit dem Vertragsschlusse entstanden. So heisst es auch bei Förster-Eccius, a. a. O. I, § 57: „Die actio ist nata, in dem „Augenblick, wo ihr Rechtsgrund als ein wirksamer existent „geworden ist."

Der Rechtsgrund, die Schadensveranlassung, tritt aber ja in wirksame Existenz mit dem Abschluss des Vertrages, in dem, als der Wirkung, er sich als die Ursache zunächst äussert. So würde also zur Nativität des vorliegenden Anspruchs nach Förster-Eccius nur das Dasein des Vertragsschlusses erforderlich sein, und mit ihm die Verjährung zu laufen beginnen.

Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Im Folgenden wollen wir untersuchen, wie das Bürgerliche Gesetzbuch die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses geregelt hat.

I. Das Auftreten des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses im allgemeinen.

§ 16.

Bevor wir auf die juristische Konstruktion des Anspruchs eingehen, deren Feststellung ja die notwendige Voraussetzung bildet für die Bestimmung der Verjährungsart, haben wir kurz zu prüfen, in welcher Weise der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses überhaupt im Gesetzbuch auftritt.

Zunächst steht das fest, dass das Gesetz den Begriff des negativen Vertragsinteresses kennt, wenn es sich auch statt des technischen Ausdrucks einer Umschreibung bedient. Es spricht von dem „Schaden, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut."

Wenn es sich in diesem Zusammenhange weiter dahin äussert, dass dieser Schaden zu ersetzen ist „nicht

über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat", so bezeichnet es damit den möglichen Höchstbetrag, den das negative Vertragsinteresse im Rahmen seiner prozessualen Geltendmachung erreichen kann. Derselbe ist gleich dem Betrage des Erfüllungsinteresses. In diesem Umfange schliesst das zu ersetzende negative Vertragsinteresse auch den entgangenen Gewinn in sich (§ 252).

Aus dem Wortlaute der eben gegebenen Definition unseres Vertragsinteresses geht hervor, dass auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Nichtigkeit des Vertrages eine Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu bilden hat.

II. Die Verschiedenheit der Rechtsgründe der Haftung bei einzelnen Nichtigkeitsfällen.

Es wird sich nun darum handeln müssen, festzustellen, wie das Gesetzbuch die Nichtigkeitsfälle eines Kontrakts in ihrer Verschiedenartigkeit berücksichtigt, m. a. W., unter welchen Voraussetzungen ein Nichtigkeitsfall der Statuirung unseres Anspruchs jedesmal zur Grundlage dienen kann.

Diese Voraussetzungen wären unschwer zu bestimmen, wenn das Gesetz unter Benutzung einer der von der gemeinrechtlichen Lehre in so reicher Auswahl präsentirten Theorieen ein einheitliches Prinzip befolgt und innerhalb dieses Prinzips eine einheitliche Behandlung der Nichtigkeitsfälle vorgeschrieben hätte. Das Gesetz hat dies vermieden. Der Grund ist leicht einzusehen.

Die 1. Lesung des Entwurfs vertrat noch vollständig das Verschuldungsprinzip, die 2. Lesung dagegen machte

dem Veranlassungsprinzip schon ganz erhebliche Konzessionen, wenn auch die Kommission dieser 2. Lesung sich dahin äussert, „dass man in den Beschlüssen zu den „§§ 97—99 des Entwurfs keineswegs zu dem erwähnten „Grundsatz über Schadenersatzpflicht habe Stellung nehmen, „sondern lediglich nach der Eigenart der Rechtsverhältnisse „eine Reihe von Sonderbestimmungen treffen wollen".

So ist es denn geboten, induktiv zu verfahren, an die einzelnen Nichtigkeitsfälle, soweit sie einen Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses nach sich ziehen, hinanzugehen und den Grund zu statuiren, der bei den einzelnen Fällen für die Aufstellung der erwähnten Ersatzpflicht massgebend gewesen ist.

Wir wollen bei der Einteilung Melliger (a. a. O., S. 176, 189, 194) folgen und die Nichtigkeitsfälle nach dem Grunde der Nichtigkeit unter folgende drei Kategorieen bringen:

1. Nichtigkeit wegen Unfähigkeit des Subjekts;
2. wegen Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens;
3. wegen Unfähigkeit des Objekts.

§ 17.

Bei dem Fall der Unfähigkeit des Subjekts, „für den „der Entwurf von einer bezüglichen Sondervorschrift ab„sieht" (Mot. I, S. 141), kommt in Betracht zunächst die Minderjährigkeit.

Vergeblich sucht man in dem Abschnitt „Geschäftsfähigkeit" (§ 104 ff.) nach einer Bestimmung für die Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Über „Handlungsfähigkeit" schweigt das Gesetz vollends.

So müssen die Bestimmungen über „Unerlaubte Handlungen“ aushelfen (§ 823 ff.).

Exkurs.

Es giebt allerdings eine Ansicht, die, ohne Rücksicht auf den in den Motiven klar ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers, auf Grund einer strengen Interpretation des Gesetzeswortlautes die Einschlägigkeit des § 823 ff. in den Fällen der Verletzung des Vermögens als solchem, also ausserhalb einer gleichzeitigen Verletzung eines besonderen Vermögens„rechtes“, in Abrede stellt, ja überhaupt die Möglichkeit einer solchen Vermögensverletzung leugnet.

Der Wille des Gesetzgebers ist zweifellos auf die Heranziehung des § 823 gerichtet.

Mot. I, S. 141: „Die allgemeinen Grundsätze genügen. „Hat eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit „beschränkte Person durch eine unerlaubte Handlung, „insbesondere durch Betrug, einen Anderen zu der Vor„nahme eines Rechtsgeschäfts mit ihr oder ihr gegenüber „veranlasst, so haftet sie, soweit sie deliktsfähig ist (§§ 708, „709), für den dem Anderen hieraus entstandenen Schaden „nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen. „(§ 704 ff.)

Ebenso erklärt er in den Fällen der Nichtigkeit des Vertrages infolge Unmöglichkeit der Leistung (§ 307 B. G.-B.) die Haftung aus § 823 begrifflich für zulässig, sobald überhaupt in diesen Fällen eine Haftung aus Delikt und nicht vielmehr auf Grund einer Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten angenommen wird, eine Frage, „über die der Entwurf nicht entschieden hat“ (Mot. II,

S. 179, 745; s. darüber unten S. 86). Zweifelhaft ist dagegen die Ausdrucksweise des Gesetzes selbst. § 823, Abs. 1: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den „Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder „ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, „ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden „Schadens verpflichtet".

Die Schwierigkeit steckt in dem Ausdrucke „oder ein sonstiges Recht." Es ist hier nicht der Ort, die Streitfrage betreffs des Inhalts dieses Ausdrucks nach allen ihren Richtungen zu erörtern.

Wir sprechen uns mit der herrschenden Meinung dahin aus, dass neben den dinglichen Rechten, vom ausdrücklich benannten Eigentum abgesehen, auch die obligatorischen Rechte, die ja allerdings nur dem einen bestimmten Schuldner gegenüber bestehen können, mit der Wendung „sonstiges Recht" bezeichnet sein sollen.

Mot. II, S. 727: „Widerrechtlich ist auch die Verletzung „aus einem Schuldverhältnisse. Aber wie aus einem solchen „nur ein Recht gegen den Schuldner entsteht, so kann „auch nur der Schuldner einer Verletzung dieses Rechtes „sich schuldig machen." (Ebenso Planck, Comm. z. B. G.-B. ad § 823, Anm. II, S. 603; Oertmann, Comm. z. B. G.-B., ad § 823 sub 3 c β, S. 557; Dernburg, Lehrbuch des bürg. R., II. Bd., S. 605; Schollmeyer, Recht d. einz. Schuldverh., S. 110.)

Für uns handelt es sich aber im besonderen darum, ob auch das Vermögen als solches, wenn es ausserkontraktlich verletzt wird, den Schutz des § 823 geniesst. Planck, a. a. O., S. 609, verneint dies: „Das Vermögen „ist kein Recht im Sinne des Abs. 1 (sc. § 823). Ein

„Ersatzanspruch kann demnach nicht auf die Beschädigung „des Vermögens, sondern nur auf die Verletzung eines „einzelnen zu einem Vermögen gehörenden Rechtes oder „mehrerer solcher Rechte gestützt werden."

Ebenso Oertmann, a. a. O. sub 3 f, S. 558: „Wie, „wenn nicht ein spezielles Einzelrecht verletzt, sondern die „Vermögenslage im Ganzen geschädigt ist? So z. B., wenn „jemand mich betrügerisch zum Abschluss eines für mich „ungünstigen Rechtsgeschäfts mit einem Dritten veranlasst „hat. Ich glaube, die Frage verneinen zu müssen, einmal, „weil ein subjektives Recht am Vermögen als solchem „neben dem an den einzelnen Stücken nicht nachweisbar „ist, dann aber, weil nach der gegenteiligen Annahme die „weiteren Bestimmungen des Abs. 2 und des § 826 fast „gegenstandslos, weil schon durch Abs. 1 gedeckt, wären. „Schutzlos bleiben darum derartige Beeinträchtigungen des „Vermögens nicht; sie werden durch die eben erwähnten „Bestimmungen in den meisten, wenn auch nicht in allen „Fällen gedeckt."

Brinz, Pand., 1. Aufl., S. 654: „Das Vermögen als „Ganzes ist ein Inbegriff von Rechten, dagegen nicht selbst „ein Recht; das hat auch, unseres Wissens, noch Niemand „behauptet."

Dagegen sagt Birkmeyer, „Über das Vermögen im juristischen Sinne", Erlangen, 1879, S. 310:

„Das Vermögen im subjektiven Sinne ist allerdings „ein Recht: das Recht, das Vermögen im objektiven Sinne „als Ganzes zu haben, zu behalten und mit Rechtsmitteln „zu verfolgen."

Und wie er das Vermögen im objektiven Sinne als „Rechtseinheit" oder „Werteinheit" bezeichnet, so ist ihm

das Vermögen im subjektiven Sinne geradezu das „Eigentumsrecht an einem Inbegriff von Rechten resp. von Werten“ (a. a. O., S. 323).

Des weiteren bezieht er sich auf Neuner, „Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse“, der auf S. 52 sagt: „Man darf die Forderung (wie jedes Vermögensrecht) ein Eigentum für den Inhaber nennen.“

Wir lehnen es als nicht zu unserer Aufgabe gehörig ab, diese extreme Ansicht auf ihre Quellenmässigkeit und auch auf ihre logische Haltbarkeit hin zu prüfen. Mit der Statuirung eines Eigentumsrechtes an einem Forderungsrechte würde die dingliche Wirkung des letzteren anerkannt sein — damit auch das vielbesprochene „Recht zur Sache“ —, der wir bezüglich der Verletzung eines obligatorischen Rechtes durch einen Dritten schon oben widersprochen haben.

Aber so weit wie Neuner braucht man auch nicht zu gehen.

Wenn man das Vermögen als ein Ganzes, als eine Einheit betrachtet, so muss es offenbar ein Recht geben, diese Einheit in ihrer Integrität erhalten und geniessen zu dürfen, ein Recht am Vermögensganzen im objektiven Sinne, eben nach Birkmeyer das Vermögen im subjektiven Sinne „als Teil der Rechtspersönlichkeit“ (S. 309), ein, wenn nicht Eigentumsrecht im typischen Sinne, so doch ein Genussrecht am Vermögensganzen.

Nur durch das Recht auf seinen Genuss und auf die Realisirung seines Wertes wird das einzelne objektive Recht doch erst zur subjektiven Berechtigung. Und wie es ein Recht am Recht giebt, wie es wenigstens logisch möglich ist (vgl. Windscheid, Pand., 3. Aufl., Bd. I,

§ 42, S. 95; Birkmeyer, a. a. O., S. 317, Anm. 705), so muss es ein Recht am Vermögen als Ganzem geben.

„Vermögen ist das, was der Vermögensinhaber (rechtlich-)wirtschaftlich vermag." (Birkmeyer, a. a. O., S. 309). Somit ist jede Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Verletzung des Vermögens und zwar in erster Linie des Vermögens als eines Ganzen.

Davon ist auszugehen.

Die sekundäre Erscheinung, dass die überwiegende Mehrzahl der einzelnen Vermögensbestandteile, jeder für sich genommen, auf Grund ihrer Einzelrechtsqualität den besonderen Schutz der Rechtsordnung geniessen, kann nicht zu der Annahme führen, dass nach Auflösung des Vermögensganzen in seine einzelnen Bestandteile, und nach Ausscheidung derjenigen dieser Bestandteile, die im Rechtssystem als besondere „Rechte" auftreten, die in dieser Klassifizirung nicht als „Rechte" figurirenden Vermögensinteressen als rechtlich irrelevant ignorirt werden könnten, wo sie doch thatsächlich für die Vermögenslage etwas ausmachen und im Vermögensganzen ja auch mitenthalten und durch das Recht an diesem mitumfasst waren. Diese Vermögensbestandteile ohne Einzelrechtsqualität gründen ihren weiteren Bestand als rechtlich relevante Interessen eben auf den Umstand, dass die Vermögenseinheit sich als solche, begrifflich unverändert fortsetzt, „dass die Einheit als solche die nämliche bleibt, „wie immer ihre Bestandteile sich verändern, vermindern „oder vermehren mögen" (Birkmeyer, a. a. O.).

Eine technisch juristische Bezeichnung dieses Rechtes am Vermögensganzen ist bislang nicht festgestellt, das Bedürfnis nach einer Statuirung desselben vielleicht über-

haupt nicht empfunden worden. Man hat sich eben damit begnügt, dass die meisten Vermögensbestandteile, aus dem Ganzen herausgegriffen, entweder als Forderungs- oder als dingliche Rechte, denen beiden man, um ja erschöpfend zu sein, die immateriellen Güter angereiht hat (vgl. § 823, B. G.-B.), ihren Sonderschutz zu finden vermöchten. Und, soweit Vermögensinteressen, die nicht Einzelrechte sind, in Frage kommen, soll nach Ansicht der Gegner für sie der Abs. 2 des § 823 oder § 826 ausreichen (vgl. o. Oertmann).

Allein der Abs. 2, § 823 setzt die Verletzung eines besonderen, den Geschädigten schützenden Gesetzes, und § 826 einen dolus des Schädigers voraus. Soweit diese Voraussetzungen nicht vorliegen, wäre danach der Calamitätnicht abgeholfen (vgl. auch die Beispiele Cohn's, a. a. O. S. 387, 388).

Wenn also bspw. im Falle des § 307 die Unmöglichkeit der Leistung fahrlässig nicht gekannt und so der ungültige Vertrag abgeschlossen wäre, so vermöchte der irre geführte Verletzte sein damnum emergens und sein lucrum cessans nicht ersetzt zu bekommen — schon jetzt als bewiesen angenommen, dass ein obligatorischer Anspruch gegen den Schädiger bei Nichtigkeit des Vertrages nicht zu begründen ist —, da hier eben Vermögensinteressen geschädigt sind, die sich nicht als Einzelrechte mit Sonderschutz legitimiren können, da sie weder zu den Forderungs- noch zu den dinglichen Rechten gehören.

Eine Vermögensverletzung liegt vor; im normalen Falle ist die schädigende Handlung auch widerrechtlich gewesen; ein Ersatzanspruch müsste also dem Geschädigten zugebilligt werden. Die Gegner helfen sich nun notdürftig damit, dass sie den im konkreten Falle in Frage kommenden

Ersatzanspruch auf die Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten gründen und ihn so den Grundsätzen der Kontraktsansprüche unterstellen. Wir halten dies für einen angesichts der Nichtigkeit des Kontraktes unzulässigen Ausweg, und werden nachher Gelegenheit nehmen, die Begründung dieses Notbehelfes, soweit sie überhaupt von den Gegnern für nötig befunden worden ist, zu widerlegen.

Aber wozu nur diese Auflehnung gegen die Einschlägigkeit des § 823 bei der Frage nach der Ausgleichung des in Frage kommenden Vermögensschadens?

Man braucht sich mit der von uns vertretenen Auffassung gar nicht befreunden und die Zuständigkeit des § 823 gar nicht schon deshalb als begründet erachten zu wollen, weil eben die Verletzung des Vermögensganzen eine echte „Rechts"verletzung ist, und zu diesem Vermögensganzen auch Vermögensinteressen gehören, die, ohne Einzelrechtsqualität zu besitzen, eben, auf Grund ihrer Eigenschaft als die Vermögenslage alterirende Vermögensbestandteile, des Rechtsschutzes des Ganzen mitteilhaftig werden. Es muss aber das Resultat einer logischen Interpretation des § 823 den Paragraphen für diese Art von Vermögensbeschädigungen sicherlich einschlägig erscheinen lassen.

Die Motive (II, S. 729) sagen: „Aus der Vorschrift „des § 221 (im Gesetz § 253) folgt insbesondere, dass „auch beim Schadensersatzanspruche aus unerlaubten „Handlungen, von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen „abgesehen (§§ 728, 734, 735, 736), nur der Vermögens„schaden in Betracht kommt." Danach wäre es ein Widersinn, wenn ein, sagen wir, durch die Entziehung der Freiheit als die „widerrechtliche" Handlung indirekt

vermittelter Vermögensschaden durch § 823 wieder ausgeglichen werden könnte, ein direkter widerrechtlicher Eingriff in die fremde Vermögenssphäre selbst als das Objekt der schädigenden Handlung aber keinen Ersatzanspruch aus § 823 nach sich ziehen sollte, wenn nicht eben zugleich schon die Verletzung eines Einzelrechtes vorliegen würde.

Und warum spricht das Gesetz nicht von einer Verletzung des Vermögens im Ganzen?

Man wird nicht leugnen wollen, dass das Vermögen nicht in dem Sinne ein immaterielles Rechtsgut ist, wie die übrigen in § 823 aufgeführten; dass man folglich aus der Thatsache seiner Nichtmitaufführung nicht schon darauf zu schliessen braucht, es habe ausdrücklich übergangen werden sollen. Dann würde man ja allerdings zu einer extensiven Interpretation des § 823 in unserem Sinne keine Berechtigung mehr haben. Der Gesetzgeber hat aber eben an diesen entlegenen kritischen Fall offenbar nicht mehr gedacht, als er an die Stelle der „allgemeinen Schadenszufügung“ des Kommissions-Entwurfes die Einzelaufzählung des § 823 setzte.

So ist es gekommen, dass der grammatikalische Wortlaut des Gesetzes eine gewiss ungewollte Lücke aufweist, wenn man nicht schon, wie wir, die Schädigung der fremden Vermögenslage als eine „Rechts“verletzung im Sinne des § 823 auffasst. Zieht man dem gegenüber einmal vergleichsweise den Wortlaut des § 789 des Bähr'schen Gegenentwurfs heran: „Als Schaden ist der „zugefügte Vermögensschaden zu ersetzen, ohne Unter„schied, ob die Schädigung das Vermögen unmittelbar „oder nur mittelbar durch Schädigung des Körpers, der

„Gesundheit, der Freiheit oder der Ehre des Geschädigten „betroffen hat", so sieht man, wie diese Fassung in klarer Unbefangenheit die Schwierigkeiten garnicht aufkommen lässt, die der unglückselige Wortlaut des § 823 B. G.-B. an allen Ecken und Enden heraufbeschworen hat, und mit ihnen die mannigfachsten Streitfragen.

Will man aber etwa dieser Bähr'schen Fassung vorwerfen, dass sie mit der Annahme einer „unmittelbaren Verletzung des Vermögens" ein juristisches Unding geschaffen habe, was vom Gesetz selbst in weisem Verständnis für juristische Ausdrucksweise vermieden wäre?

Für eine extensive Interpretation des § 823 spricht aber weiter, wie oben schon angedeutet, die Geschichte des Gesetzes.

Fels, „Die ausserkontraktliche Schadensersatzpflicht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland", sagt sub 2, S. 7:

„Im § 704, Abs. 1 des Kommissions-Entwurfes wird „... das Erfordernis der Verletzung eines Rechtes des „Beschädigten nicht aufgestellt." Weiter giebt Fels (a. a. O., S. 8) im Vergleiche mit der Auslegung des Art. 1382 code civil ein Beispiel aus dem gemeinen Recht:

„Wenn der Erblasser durch Zwang an der Errichtung „eines Testaments gehindert ist, so hat derjenige, welchen „der Erblasser letztwillig bedenken wollte, Anspruch auf „Schadensersatz gegen den Dritten (Windscheid, Pand. III, „§ 548, No. 9; Dernburg, Pand. III, § 80). Hier ist „offenbar kein anderes Recht des Beschädigten verletzt, „als die testamenti factio passiva. Lässt man nun eine „allgemeine ausserkontraktliche Schadensersatzpflicht auch „wegen Fahrlässigkeit eintreten, so ergiebt sich von selbst,

„dass zur Entstehung des Schadensanspruchs nur er-
„forderlich ist:

„1. Die Schuld des Thäters,

„2. Widerrechtlichkeit der Handlung, d. h. eine ohne
„Berechtigung des Thäters vorgenommene Handlung,

„3. Schaden, d. h. Verminderung des erworbenen
„Vermögens oder Verhinderung eines Erwerbes, den der
„Verletzte durch erlaubte Bethätigung seiner Handlungs-
„oder Rechtsfähigkeit zu erlangen begründete Aussicht
„hatte. Dagegen braucht ein Recht im subjektiven Sinne,
„ein erworbenes Privatrecht, nicht verletzt zu sein. Das
„ist auch die Meinung des § 704 Abs. 1 des Komm.-Entw.,
„wie nicht nur der Wortlaut, sondern auch die Motive II,
„S. 724, 725 ergeben, und diese Bestimmung verdient
„volle Billigung."

Wir glauben, dass angesichts dieser ursprünglich beabsichtigten Fassung, die man ihrem Inhalte nach durch den Gesetzeswortlaut nicht hat ändern wollen (s. Mot.), eine extensive Interpretation des § 823 völlig gerechtfertigt ist. — Vgl. für den Standpunkt des Allg. Landrechts hinsichtlich dieser Frage Cohn, a. a. O., S. 409: „Für das „Gebiet des A. L. R. ist die Zulässigkeit eines derartigen „Schadensersatzes aus der sog. culpa in contrahendo nicht „zweifelhaft, sie erscheint als der Ausfluss des allgemeinen „Grundsatzes, dass ausserhalb eines bestehenden Rechts-„verhältnisses jeder, der durch seine Handlungen das „Vermögen eines anderen schädigt, nach dem Grade „seiner Schuld dafür verantwortlich zu machen ist (Förster-„Eccius, Bd. I, § 78, S. 454)."

Die Heranziehung des § 823 für die Regelung der Schadensersatzfrage bei Vermögensbeschädigung ohne

Einzelrechtsverletzung erscheint in Berücksichtigung des Ausgeführten sowohl ihrer Zweckmässigkeit wie ihrer logischen Möglichkeit nach so selbstverständlich, dass z. B. Melliger, der in seiner des öfteren von uns herangezogenen, den neueren Kommentaren zum B. G.-B. zeitlich vorausliegenden Abhandlung „Über den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen" gerade das Verfahren des B. G.-B. auf diesem Gebiete so überaus gründlich behandelt, die Einschlägigkeit des § 823 für die Ersatzpflicht bei Ungültigkeit des Vertrages infolge Unfähigkeit des Subjektes und Unmöglichkeit der Leistung ausser allen Zweifel stellt: Er schneidet die Frage, ob auch die Beschädigung des Vermögens als solchen durch den § 823 mitumfasst ist, überhaupt garnicht an.

Wir stehen nicht an, uns für die Bejahung der Frage zu entscheiden, wobei wir am letzten Ende den Gegnern, die unter Zurückweisung jedes Interpretationsversuches und in hartnäckiger Versteifung auf den Gesetzeswortlaut den Beweis einzig und allein aus diesem heraus erbracht sehen möchten, erwidern wollen, dass es ein Recht auf den ungestörten Genuss des Vermögens geben muss, wobei wir auf das verweisen, was wir oben über den Vermögensbegriff gesagt haben.

Somit kann unserer Ansicht nach der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, was die Qualität des verletzten Objekts anlangt, auf den § 823 gestützt werden, sofern natürlich die sonstigen Voraussetzungen dieser Haftung aus Delikt vorliegen.

Für die Fälle der Nichtigkeit des Vertrages infolge Unfähigkeit des Subjekts erscheint die erörterte Frage insofern von geringerer Bedeutung, als das Gesetz im

§ 828 allgemein von einer Schadenszufügung spricht, die demnach an und für sich nicht gerade auf einer „Rechtsverletzung“ im Sinne des § 823 zu beruhen brauchte. Es ist dies vielleicht der äusserliche Grund, warum die Schadensersatzfrage bei den erwähnten Fällen der Nichtigkeit des Vertrages soviel weniger bestritten ist als im Falle des § 307, wo eben offensichtlich bei Annahme einer deliktischen Haftung nur der ominöse § 823 selbst in Betracht kommen kann.

Aber, der Wortlaut des § 829 lässt doch wieder darauf schliessen, dass der Thatbestand des § 828, ebenso wie der des § 827, nur eine Ausnahme begründen soll von der in den §§ 823—826 festgestellten Haftung, dass also die Schadenszufügung des § 828 auch nur in einer Verletzung der bestimmten in den §§ 823—826 geschützten Rechtsgüter, Rechte und Interessen bestehen kann und nicht allgemein genommen werden darf. Der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses aber könnte seinem Gegenstande nach wieder nur im § 823 enthalten sein. Somit hat die behandelte Frage betreffs der Einschlägigkeit des § 823 zwecks Begründung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses im Grunde genommen für die Fälle der Nichtigkeit des Vertrages infolge Unfähigkeit des Subjekts dieselbe Bedeutung wie für die Nichtigkeitsfälle des § 307.

Fortsetung von § 17.

Kehren wir nun nach Feststellung der Verwendbarkeit des § 823 in unserem Falle hinsichtlich der Qualität des verletzten Objektes zu unserem Ausgangspunkt zurück, so haftet nach § 828, Abs. 1, das Kind unter 7 Jahren überhaupt nicht. Nach § 828, Abs. 2 haftet, „wer das

„siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet „hat, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung „die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche „Einsicht hat", deren Nichtvorhandensein er beweisen muss.

Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich, dass der über 18 Jahre alte Minderjährige nach der gewöhnlichen Regel des § 823 für den Ersatz des negativen Vertragsinteresses aufzukommen hat, vorausgesetzt hier wie überall das vorwurfsfreie Verhalten des Klägers, d. h. den Mangel der Erkennbarkeit der fehlenden Vertragsfähigkeit des anderen Teils.

Was die Vertragsunfähigkeit infolge krankhafter Störung der Geistesthätigkeit oder infolge Bewusstlosigkeit angeht, so ist die Haftung des Geisteskranken analog der des Kindes unter 7 Jahren gemäss § 827 ausgeschlossen.

Nicht anders bei dem wegen Geistesschwäche Entmündigten (§ 114). Dagegen haftet der wegen Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte (§ 6, Ziffer 2 und 3) gemäss § 823.

Das Gesetz hat aber im § 829 für die Fälle, in denen sonst eine Haftung ausgeschlossen ist (Geisteskrankheit, vorübergehende unverschuldete Bewusstlosigkeit, Minderjährigkeit und Geistesschwäche, §§ 827, 828), unter besonderen Voraussetzungen ausnahmsweise eine Haftung festgesetzt zum Schutze des gutgläubigen vorwurfsfreien Dritten. Diese Haftung trifft auch den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten falsus procurator, der sonst nach § 179, 3 haftfrei sein würde.

So gestaltet sich die Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses bei Nichtigkeit des Vertrages infolge Unfähigkeit des Subjekts in der Weise, dass bei An-

wendung des § 823, des § 827 (insofern Bewusstlosigkeit infolge Fahrlässigkeit vorliegt) und des § 828, 2 (insofern Einsicht des Minderjährigen unter 18 Jahren vorliegt) auf Grund einer unerlaubten Handlung (Delikt) gehaftet wird, und dass in den Fällen des § 829 eine Haftung aus dem gleichen Grunde mit Rücksicht auf die Billigkeit angenommen wird.

So finden wir also bei der Unfähigkeit des Subjekts das Verschuldungsprinzip als massgebend für die Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses statuirt. Mithin greift in diesen Fällen für die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz dieses Interesses die dreijährige Frist des § 852 Platz.

§ 18.

Da sich des weiteren nun für die juristische Konstruktion des behandelten Anspruchs in den Fällen der Unfähigkeit des Objekts besondere Schwierigkeiten ergeben, wollen wir an die Nichtigkeitsfälle infolge der Unfähigkeit des Subjekts diejenigen anreihen, welche auf der „Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens" beruhen.

Die Ersatzfrage hat bei diesen Fällen bis zu ihrer endgültigen Regelung eine interessante Geschichte durchgemacht. Der 1. Entwurf liess unter der Voraussetzung des Vorhandenseins einer culpa lata, die dem dolus gleichgesetzt wurde, bei Irrtum, Scherz und unrichtiger Erklärungsübermittelung den Vertrag gültig sein, und nur bei culpa levis des Erklärenden einen Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses Statt haben. Bei Mangel auch dieser culpa levis des Erklärenden musste der gutgläubige

Dritte den erlittenen Schaden selbst tragen, ebenso wenn er sich bei culpa lata des Erklärenden selbst nur einer culpa levis schuldig gemacht hatte.

Anders die zweite Lesung. Die Gültigkeit des Vertrages bei culpa lata wurde fallen gelassen, ebenso andererseits das Erfordernis der culpa levis für die Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

So bestimmt denn der § 122 des Gesetzes für die Fälle des Scherzes (§ 118), des Irrtums (§ 119) und der unrichtigen Erklärungsübermittelung (§ 120) unsere Haftung auf Grund der blossen Veranlassung.

Eine Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses kommt ferner in Betracht im Falle des § 179, Abs. 2, bei Nichtkenntnis des falsus procurator vom Mangel seiner Vertretungsmacht. Da diese Unkenntnis auf keiner culpa beruhen muss, so ist auch hier das Veranlassungsprinzip wirksam. Ja, man hat das Veranlassungsprinzip so rigoros durchgreifen lassen, dass trotz dolus des falsus procurator (§ 179, Abs. 3) bei culpa levis des anderen Teils die Ersatzpflicht des Vertreters, die sonst nach Wahl des Anderen auf Erfüllung oder Schadensersatz, d. h. hier Ersatz des Erfüllungsinteresses (so Komm. von Fischer-Hente, 1897, § 179, Anm. 4; Melliger, a. a. O., S. 89) geht, gänzlich in Wegfall kommt. Die Herrschaft des Veranlassungsprinzips kommt auch in anderen hierher gehörenden Nichtigkeitsfällen noch auffällig zur Geltung.

So bei der Nichtigkeit in Folge Mangels der gesetzlichen Form. Wenn hier, was meist der Fall sein wird, die Nichtigkeit des Vertrages auf einen Rechtsirrtum der Parteien zurückzuführen ist, so müsste nach Kompensation

dieser im beiderseitigen Rechtsirrtum liegenden beiderseitigen Verursachung ein weiteres Verschulden auf einer Seite einen Ersatzanspruch der Gegenseite begründen können. Dies hat man aber in konsequenter Durchführung des Prinzips nicht zugelassen, da ja der Rechtsirrtum des einen Kontrahenten stets noch als direkte Mitveranlassung des ungültigen Kontraktsabschlusses weiterwirkt.

Weiter ist die Verneinung einer Modificirung der Haftung im Falle der Einwirkung höherer Gewalt (§ 120) ein Ausfluss der konsequenten Durchführung des Veranlassungsprinzips.

Es ist hier nicht der Ort, die vielgestaltigen Fälle der Nichtigkeit des Vertrages infolge der Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens sämtlich zu erörtern. Mancher Thatbestand kann natürlich dem auf diesem Gebiete herrschenden Veranlassungsprinzipe nicht untergeordnet werden. So würde beispielsweise bei Betrug (arglistiger Täuschung), Furcht und vis compulsiva, — „die sog. vis „absoluta kommt nicht in Betracht, weil bei ihr überhaupt „eine Erklärung nicht vorliegt“ (Planck, Komm. zu § 123, B. G.-B., sub 3); „vis absoluta schliesst überhaupt den „Willensentschluss aus“ (Gareis, Komm. z. allg. T. des B. G.-B., S. 150, sub 3), — dem geschädigten Kontrahenten gegen den schädigenden Gegenkontrahenten die actio doli als Anfechtungs- und zugleich als Schadensersatzklage zustehen — (cf. E. R.-G., Bd. 34, S. 151, wo mit der Dolusklage Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises und Ersatz der Auslagen erwirkt wird). — Doch würde ja in diesen Fällen der Gegenstand dieser Ersatzklage nie das negative Vertragsinteresse sein können, weil ein Irrtum über die Gültigkeit des Vertrages und damit die Entstehung eines auf

diesem Irrtum basirenden Schadens undenkbar ist. Denn durch seine Anfechtungshandlung macht ja der Geschädigte den Vertrag gerade nichtig, also kann oder wenigstens darf er über die Nichtigkeit des Vertrages nicht im Unklaren sein.

„Verübt aber die Täuschung nicht der Erklärungs-
„empfänger, sondern ein dritter zum Vorteil des ersten . . .,
„so ist — unabhängig von der Kenntnis oder fahrlässigen
„Nichtkenntnis des Empfängers und dem daraus entsprin-
„genden Anfechtungsrecht gegen den Empfänger möglicher-
„weise ein Schadensersatzanspruch des getäuschten Ge-
„schädigten gegen den täuschenden Dritten selbständig
„auf die Täuschungshandlung gegründet (§ 823 ff.)“
(Gareis, a. a. O.).

Derselbe § 823 muss auch im Falle der Fälschung aushelfen. (Vgl. Melliger, a. a. O., S. 202—220). Die Anwendung des reinen Veranlassungsprinzips würde hier gegen den in der gefälschten Erklärung als Erklärender Figurirenden eine Ungerechtigkeit bedeuten (a. M. Bähr, a. a. O., S. 413 ff.).

In dem vielberedeten Fall des Widerrufs einer Offerte endlich kennt das Bürgerliche Gesetzbuch bei Unzulässigkeit des Widerrufs grundsätzlich nur eine Haftung auf das positive Vertragsinteresse auf Grund des gültig zu Stande gekommenen Vertrages (§§ 148, 149). Es ist nicht abzustreiten, dass in dem einen Falle der nur fahrlässigen Verzögerung der Anzeige an den Oblaten, die Annahmeerklärung sei verspätet eingegangen, die Statuirung der Ungültigkeit des Vertrages und demzufolge eine Haftung nur auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses der Billigkeit mehr Rechnung getragen hätte. —

Wir haben nun festgestellt, dass sich das Gesetz in den Nichtigkeitsfällen infolge Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens im allgemeinen sowohl wie vor allem in dem praktisch am wichtigsten Fall des Irrtums (§ 119) dem Veranlassungsprinzip angeschlossen hat. So können wir demnach für den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, wie er bei dieser Kategorie von Nichtigkeitsfällen in Existenz tritt, die ordentliche 30jährige Verjährung des § 195 als in Betracht kommend erachten, wobei wir auf das früher Gesagte zurückweisen: dass nämlich ein Grund für die Statuirung einer kürzeren Verjährungsfrist bei blosser Veranlassung nicht vorhanden ist.

§ 19.

Wir kommen jetzt zur Betrachtung der Nichtigkeitsfälle des Kontrakts infolge Unmöglichkeit der Leistung (Unfähigkeit des Objekts).

§ 307, 1, B. G.-B.: „Wer bei der Schliessung eines „Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, „die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, „ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere „Teil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Ver„trages vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Inter„esses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit „des Vertrages hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn „der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen „muss."

Die Worte „kennt oder kennen muss" beweisen hier die Aufstellung des Verschuldungsprinzips. Hier also ist das Gesetzbuch der Verschuldungstheorie treugeblieben, der es in pietätvoller Anlehnung an das gemeine Recht

auch sonst als einem unantastbaren Vermächtnisse römischer Rechtsanschauung huldigt.

Es ist also nach dem Wortlaut des § 307 dolus oder culpa Voraussetzung für die Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Immer ist natürlich auch hier ein vorwurfsfreies Verhalten des anderen Teils gefordert. Dies ist in dem Falle der Unmöglichkeit der Leistung ja auch ganz besonders naheliegend. Denn im Gegensatz zu einem im Innern des Erklärenden oft unerkennbar vorhandenen Willensmangel wird die Unmöglichkeit der Leistung oft in äussere Erscheinung getreten und beiden Teilen gleich leicht erkennbar vor Augen sein. Das Gesetz hat denn auch, von der richtigen Erwägung ausgehend, dass dem Promissar allein in diesem Falle die erforderliche Verschuldung zur Last fallen kann, (Prot. S. 452), für ihn die gleiche Ersatzpflicht wie für den Promittenten statuirt, wobei es dem Richter überlassen bleibt, ein verschiedenes Mass von diligentia von den beiden Kontrahenten zu fordern.

Auch der § 309 handelt als Spezialanwendung des § 307 von einer unmöglichen Leistung und zwar von der juristischen Unmöglichkeit.

Das Gesetz lässt hier den Rechtsirrtum des einen Kontrahenten, wenn er entschuldbar ist, unbeachtet im Hinblick auf den dolus oder die culpa des anderen Teils. Allerdings liegt ja auch im Rechtsirrtum meist eine levis culpa, sodass ein Anspruch aus § 309 relativ selten begründet sein wird.

Motive zu § 309: „... wenn auch die Vorschrift in „§ 307 im Hinblick darauf, dass bei demjenigen Vertrags-„schliessenden, welcher die Verbotswidrigkeit nicht gekannt „hat, meistens ein unentschuldbarer Rechtsirrtum und

„daher ein Kennenmüssen anzunehmen sein wird, nur „geringen praktischen Wert haben mag.“ Denn, sind in dieser Weise beide Teile in Schuld, so greift die Vorschrift des § 307, Satz 2, Platz, und die Ersatzpflicht tritt auch bei dolus des anderen Teils, also ohne Rücksicht auf den verschiedenen Grad des Verschuldens nicht ein. Das Gesetz hat hier im Falle des § 307 (309), ebenso wie in dem des § 122, eine von der in § 254 gegebenen Regel abweichende Vorschrift statuirt, indem für die Abgrenzung der Ersatzpflicht nicht das Kausalverhältniss zwischen Verschulden und Schaden als massgebend bezeichnet ist. Eine Culpa-Kompensation findet also nicht statt. Cosack, „a. a. O., S. 332, § 98: „Darauf, ob das Verschulden des „Gläubigers oder das des Schuldners das grössere war, „kommt es nicht an“.

Wie steht es nun mit der Verjährung des Anspruchs auf Grund des § 307 (309)?

Wir haben gesehen, dass in dem Falle der Nichtigkeit infolge Unfähigkeit des Subjekts, mangels besonderer Bestimmungen, nach dem Willen des Gesetzgebers (Mot. I, S. 141) eine Haftung nur aus einer unerlaubten Handlung eintreten soll. Dort also fällt die Haftung auf Ersatz unseres negativen Vertragsinteresses naturgemäss unter die ausserkontraktliche Haftung aus einem Delikt. Hier aber, bei der Nichtigkeit des Vertrages infolge Unfähigkeit des Objekts, stellt das Gesetz in dem Abschnitt „Schuldverhältnisse aus Verträgen“ eine Haftung auf Ersatz unseres Interesses ausdrücklich in einem besonderen Paragraphen fest.

Der Rechtsgrund dieses Ersatzanspruchs ist zweifellos die Verschuldung des Haftpflichtigen. Diese Verschuldung

ist eine ausserkontraktliche. Auch das steht zweifellos fest, denn an der Nichtigkeit des Vertrages lässt sich nicht rütteln.

1. Ist die culpa in contrahendo eine „Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten" oder eine „unerlaubte Handlung"?

Nun aber kommt der streitige Punkt, streitig in erster Linie deswegen, weil die Wissenschaft des gemeinen Rechts zu keiner einheitlichen Ansicht über ihn gelangt ist, in letzter Linie deshalb, weil der Gesetzgeber hier kein Machtwort gesprochen, sondern die Erledigung der Frage der Wissenschaft überlassen hat: Mot. z. 1. Entw. § 98, S. 195: „Ob begrifflich die Haftung für culpa in contrahendo auf „einen Eingriff in den fremden Rechtskreis, mithin auf eine „unerlaubte Handlung, oder auf die Verletzung einer rechts„geschäftlichen Pflicht zurückzuführen sei, ist eine Kon„struktionsfrage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen „werden darf," obwohl sie „praktisch nicht unwichtig ist" (Mot. II, S. 179).

Es handelt sich um die Unterbringung der alten Ihering'schen culpa in contrahendo. Zwar zeigt sie nicht ihr altes Gesicht mehr. Es handelt sich in § 397 um wirkliche, nicht um gewaltsam und künstlich zurechtkonstruirte Verschuldung, die als Klagfundament fungiren soll.

Aber der Kernpunkt der Ihering'schen Theorie, nämlich das Bestreben, der infolge der Nichtigkeit des Vertrages augenscheinlich ausserkontraktlichen culpa den Stempel einer kontraktlichen Verschuldung aufzudrücken, und sie zum Rechtsgrund für eine Kontraktsklage zu gebrauchen, hat ein so zähes Leben gehabt, dass man ihm

auch jetzt bei der juristischen Konstruktion des Anspruchs aus § 307 wiederum Rechnung tragen zu müssen geglaubt hat. Allerdings ist auch hier eine Abschwächung zu konstatiren. Es wird von der hier in Betracht kommenden Meinung kein rein kontraktlicher Anspruch mehr angenommen.

„Zwischen die Haftung aus Rechtsgeschäften und „diejenige aus Delikten schiebt sich die Haftpflicht aus „Verschulden beim Abschluss von Rechtsgeschäften ein. „Auch hier handelt es sich um die Verletzung rechts„geschäftlicher Pflichten." (Schollmeyer, Komm., Anm. 3 zu § 307; ebenso Mayring, Komm., Anm. 7; Meisner, Komm., Anm. 3; Ebert, in Fischer-Henle's Komm., Anm. 1; Oertmann, Komm. 7c; Planck, Komm., Anm. 4 zu § 307).

Es soll also der Anspruch aus § 307 ein zwar ausserkontraktlicher, aber den Grundsätzen der Kontraktsansprüche unterliegender Anspruch sein.

Zunächst, woher kam alle die Not und Pein wegen der juristischen Konstruktion unseres Anspruchs über das gemeine Recht? Warum alle diese verzweifelten Versuche, ihm irgend eine Heimat zuzuweisen, alle diese vergeblichen Bemühungen, ihm einen legitimen Namen zu geben? Weil er nun eben kein Kontraktsanspruch war, und weil es ausserkontraktlich nur eine Haftung aus dolus und aus der lex Aquilia gab. Allein, ist das jetzt alles noch so?

Das eine ist allerdings richtig: „Einen allgemeinen „Rechtssatz, dass die ausserkontraktliche Fahrlässigkeit „ohne Weiteres Schadensersatzpflicht begründe, hat auch „das B. G.-B. nicht anerkannnt." (Schollmeyer, a. a. O.) Einen allgemeinen Rechtssatz nicht; aber was bezweckte bspw. der Gesetzgeber mit der Anerkennung des Ver-

anlassungsprinzips? Er wollte damit eine Haftbarkeit ermöglichen trotz Nichtigkeit eines Vertrages, trotz Fehlens allen Verschuldens, eine Haftbarkeit auf ausservertraglichem Gebiete (cf. § 122). Wenn ein Gesetzgeber die römisch-rechtlichen Beschränkungen so rücksichtslos bei Seite setzt und soweit geht, der blossen Schadensveranlassung die Rechtsfolge der Begründung einer ausserkontraktlichen Haftung zuzulegen, wird er dann nicht auch wohl im Sinne gehabt haben müssen, der culpa, auch wenn sie ausserkontraktlich auftritt, eine ansprucherzeugende Wirkung beizulegen?

Wie man einerseits diesen Rückschluss wohl, ohne gegen die Logik zu verstossen, mit gutem Gewissen machen darf, so wird man auch weiterhin vom Gesetzgeber selbst mit der ausgesprochenen Mutmassung nicht im Stich gelassen. Diese ausservertragliche ansprucherzeugende culpa ist im Sinne des B. G.-B. eine „unerlaubte Handlung". Sie ist das „Culpadelikt" der §§ 823 ff. Wir glauben nicht, dass das eine zu grobe Bezeichnung, ein zu unwürdiger Platz für die namen- und heimatlose ausserkontraktliche culpa ist, wenn schon die blosse Veranlassung im Gesetzbuch einen so schlechten Klang und soviel auf ihre Schultern zu nehmen hat. Ein solche „unerlaubte Handlung" und nichts Besseres ist die berühmte „culpa in contrahendo" im Bürgerlichen Gesetzbuch, mag sie sich noch so eng an den intendirten Kontrakt anschmiegen und noch so gern als „Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten" mit durchschlüpfen wollen. Die Nichtigkeit des Vertrages ist das Hindernis, über das keine Berufung auf die Stellung des § 307 im Gesetze hinweghilft, an dem man auch mittelst „Dazwischenschieben einer

besonderen Haftpflicht zwischen diejenige aus Kontrakt und die aus Delikt" nicht vorbeikommt. So sagt auch Cohn, a. a. O., S. 380, sub VI, 1: „Der Ausdruck culpa „in contrahendo bedeutet einmal das Verschulden, das zur „Vereitlung des Vertrags führt. Das ist keine Vertrags-„Culpa, und in Abschnitt V" — derselbe behandelt bei Cohn die „Ansprüche aus unerlaubten Handlungen" — „zu besprechen".

Wenn dies Verschulden, das direkt die Ungültigkeit des Vertrages zur Folge hat, schon als ausserkontraktlich und deliktisch aufgefasst wird, so muss doch offenbar die culpa in contrahendo, die nichts als nur den äusserlichen Abschluss des Vertrages verursacht, mit der Ungültigkeit selbst aber nichts zu thun hat und in gar keinem Kausalverhältnis steht (s. darüber unten gegen Schollmeyer) erst recht deliktisch sein. Denn die Ursache der späteren Vertragsnichtigkeit — das Fehlen einer notwendigen Vertragsvoraussetzung —, ist hier schon gegeben, bevor die culpa in contrahendo überhaupt in wirksame Existenz tritt.

2. Die Kritik der herrschenden Meinung.

Oertmann, a. a. O., meint: „Bei Annahme einer „deliktischen oder quasideliktischen Verpflichtung (sc. aus „§ 307) würde der Fall von der analogen und doch sicher „nicht deliktischen Haftung des § 122 völlig getrennt."

Wo ist die Analogie zwischen der Haftung aus § 122 und der aus § 307, wenn schliesslich auch die letztere eine kontraktliche sein soll? Auf der einen Seite eine ausserkontraktliche Veranlassung, auf der anderen eine „kontraktsmässige" Verschuldung! Läge nicht eine mindestens ebenso enge Zusammengehörigkeit dann vor, wenn beide

infolge des nichtigen Vertrages ausserkontraktlicher Natur sein könnten? Besteht nicht eine mindestens ebenso nahe Beziehung zwischen Delikt und ausservertraglicher Veranlassung als zwischen dieser und kontraktlicher oder auch „kontraktmässiger" Verschuldung?

Aber wir wollen Oertmann einmal folgen. Er muss, wenn er eine Analogie zwischen der nicht deliktischen Haftung des § 122 und der „kontraktmässigen" Verpflichtung des § 307 annimmt, die Analogie dieser Haftungen stützen auf die Analogie ihrer Rechtsgründe, nämlich der ausserkontraktlichen Veranlassung und der „kontraktmässigen" Verschuldung. Diese Analogie könnte nun darin liegen, dass beide „nicht Delikt" sind. Diese Gegensätzlichkeit zum Delikt könnte Oertmann nur statuirt haben auf Grund der graduellen Verschiedenheit des in den drei Haftungsgründen jedesmal liegenden verursachenden Momentes. Denn gerade dadurch, dass Oertmann die Veranlassung in Zusammengehörigkeit bringt mit der „kontraktsmässigen" Verschuldung, verzichtet er auf die Berücksichtigung des wesentlichen Unterschiedes, den sie, die Veranlassung, allerdings dem Delikt gegenüber dadurch zeigt, dass sie eben nicht „Verschuldung" ist.

Er beschränkt sich so darauf, sie im Verein mit der „kontraktsmässigen" culpa in einen Gegensatz zum Delikt zu bringen, der nur noch auf dem verschiedenen Grade des in ihnen steckenden Momentes der Verursachung basiren kann. Denn die „kontraktsmässige" culpa ist doch eben auch Verschuldung, zwischen ihr und dem Delikt könnte es also höchstens noch einen graduellen Unterschied geben. Daraus würde weiter für das Verhältnis der culpa des § 307 zum Delikt hervorgehen, dass Oertmann

der ersteren die Kontraktsmässigkeit nur deswegen zusprechen will, weil sie nicht so intensiv ist als culpa, dass sie den Namen „Delikt" verdiente und nicht vielmehr als „kontraktsmässig" behandelt werden könnte. Demnach müsste die rein kontraktliche culpa — bei Gültigkeit des Vertrages — und die kontraktsmässige culpa — bei Ungültigkeit des Vertrages — stets eine geringere Intensität zeigen als die Deliktskulpa, was nicht der Fall ist (man stelle nur eine mögliche vertragliche culpa lata oder die culpa, die im Falle des § 307 im Verschweigen der Unmöglichkeit der Leistung liegt, neben die Deliktsculpa bspw. des § 833). Die culpa des § 307 ist ja auch weiter bei Oertmann stets kontraktsmässig, also kann auf ihren Grad doch wieder garnichts ankommen.

Auf einen sich in gradueller Beziehung als das tertium comparationis äussernden Gegensatz zum Delikt kann also das beiderseitige „Nichtdeliktsein" nicht zurückgeführt und auf diese Weise für die Analogie der beiden Fälle des § 122 und des § 307 nichts bewiesen werden.

Weiter könnte Oertmann — und das ist das Wahrscheinliche — seine Analogie darauf stützen wollen, dass bei beiden Thatbeständen — bei dem des § 307 immer, bei dem des § 122, soweit er hier in Betracht kommt —, der Abschluss eines Vertrages vorhanden ist. Das tertium comparationis würde dann in der beiderseitigen Verursachung eines Vertragsschlusses beruhen, denn das eine Mal (§ 122) ist dieser veranlasst worden (bspw. durch telegraphische Übermittelung der Offerte), das andere Mal (§ 307) ist er verschuldet worden (durch Nichterfüllung der Verpflichtung zur Erwähnung der Unmöglichkeit der Leistung). Durch das Mittel dieser

auf Grund der Herbeiführung derselben Wirkung (Vertragsschluss) statuirten Analogie könnte Oertmann den Beweis liefern wollen, dass, wie die eine Ursache (Veranlassung) nie Delikt, so auch die andere (Verschuldung) nie Delikt sein könnte, sobald sie dieselbe Wirkung (Vertragsschluss) herbeigeführt habe, die auch diese herbeiführen könne; dass sie also, da sie um deswillen nicht gut Delikt sein könne, kontraktmässig sein müsste, da es ein drittes (ausserkontraktliches nichtdeliktisches Verschulden) für sie nicht gäbe.

Dann würde Oertmann, nicht viel anders als Köppen oder wenigstens Ihering, den Zusammenhang leugnen müssen zwischen dem Vertragsschluss und dem Vertragsbestande, der, ohne von dem den Vertragsschluss verursachenden subjektiven Verhalten abhängig zu sein, lediglich durch das Vorhandensein der erforderlichen objektiven Vertragsvoraussetzungen bedingt ist (vgl. u. geg. Schollmeyer). Denn wenn die Ungültigkeit des Vertrages — im Falle des § 122 infolge Willensmangels; im Falle des § 307 infolge Unmöglichkeit der Leistung — auch für Oertmann dem Vertragsschluss seine Wirkung nähme, so könnte dieser ja unmöglich mehr der culpa, die ihn herbeigeführt hat, selbständig durch sein Vorhandensein zur Kontraktsmässigkeit verhelfen. Aber diese Abhängigkeit aller vertraglichen Wirkung von dem endlichen Vertragsbestande ist nun einmal nicht aus der Welt zu schaffen, und gegen sie vermag die von Oertmann für das „Nichtdeliktsein“ der culpa des § 307 ins Feld geführte Analogie zwischen ihr und der nichtdeliktischen Veranlassung des § 122 nichts mehr auszurichten.

Wie die Veranlassung des § 122 durch den Hinfall des ganzen Vertrages zwar ausserkontraktlich, aber nicht deliktisch wird, weil ihr das dem Delikt wesentliche verursachende Moment der Verschuldung fremd ist, so wird die culpa des § 307 durch diesen Hinfall ausserkontraktlich, damit aber gerade deliktisch, weil sie ausserkontraktlich nur als das Culpadelikt der §§ 823 ff. auftreten kann.

Die ganze Zuhülfenahme einer Analogie der nichtdeliktischen Veranlassung des § 122 und der culpa des § 307 zum Zwecke des Beweises des „ebenfalls Nichtdeliktseins" des letzteren ist aber unseres Ermessens von vornherein müssig und zwecklos. Denn allerdings sind beide die Ursache derselben Wirkung, des Vertragsabschlusses. Aber nun einmal als bewiesen angenommen, dass die Veranlassung des § 122, wie zwar stets nichtdeliktisch, so doch bei Ungültigkeit des Vertrages ausserkontraktlich wäre, eben auf Grund der Ungültigkeit. Die culpa des § 307 soll nun aber gerade trotz der Ungültigkeit des Vertrages auf Grund des Vertragsabschlusses kontraktsmässig sein. Diesen, die Verwendung der ganzen Analogie gefährdenden Widerspruch könnte Oertmann nur dadurch aus der Welt schaffen, dass er das Gegenteil des oben als bewiesen Angenommenen darthäte, dass nämlich die Veranlassung des § 122 nicht anders wie die culpa des § 307 auf Grund des Vertragsabschlusses eben kontraktsmässig wäre. Dann wäre aber die Analogie, deren sich Oertmann bedient, um das „ebenfalls Nichtdeliktsein" der culpa des § 307 zu beweisen, ein zweckloser Umweg, da ja dann wie für diese culpa so auch für die Veranlassung des § 122 der direkte positive Beweis geliefert werden müsste, dass sie

beide, eben auf Grund des von ihnen verursachten Vertragsabschlusses kontraktmässig seien, anstatt negativ aus dem feststehenden Nichtdeliktsein der einen durch Analogie auch das Nichtdeliktsein der anderen zu folgern. Dieser positive Beweis ist aber, wie gesagt, nicht zu erbringen. So auch, in anderem Zusammenhange, Melliger, a. a. O., S. 27: „Wir müssen den Abschluss „eines ungültigen Vertrages mit jedem andern ausserver- „traglichen Thatbestand auf dieselbe Stufe stellen".

Wir können uns überhaupt schliesslich der Vermutung nicht erwehren, dass man sich zu dem Versuche, die erwähnte Analogie zu statuiren und mit ihr zu operiren, nur durch die unglückselige Äusserlichkeit hat verleiten lassen, dass der Thatbestand des § 307 in dem 2. Abschnitt des Rechtes der Schuldverhältnisse untergebracht ist („Schuldverhältnisse ‚aus Verträgen'"), was vielleicht besser vermieden worden wäre.

Oertmann verwertet weiterhin zum Überfluss den Umstand für seine Beweisführung, dass die Römer in den entsprechenden Fällen die Kontrakts- und nicht die Deliktsklage zugelassen hätten. Die Haltlosigkeit dieses Argumentes — soweit es überhaupt noch als solches bei der Interpretation eines völlig modernen Gesetzeswillens, der mit zum ersten Male positiv anerkannten Rechtsbegriffen operirt, in Betracht kommen kann, — ist schon oben bei Erörterung der Quellenstellen dargethan worden.

Schollmeyer (a. a. O.), der neben Oertmann die kontraktliche Natur unseres Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses am hartnäckigsten verteidigt, stützt seine Beweisführung auf Folgendes:

„Es ist kein Delikt, wenn der Verkäufer Fehler ver-
„schweigt, und doch ist sein Thätigkeit die gleiche, wenn
„er die Unmöglichkeit der Leistung verschweigt. Beide
„Unterlassungen geschehen auch beim Abschluss des Ver-
„trages. Nur die Folgen sind verschieden. Denn im ersteren
„Falle kommt der Vertrag zu Stande, im letzteren nicht.
„Aber die Verschiedenheit der Folgen kann doch nicht die
„Natur der vorausgehenden Handlungen bestimmen."

Also: Das Verschweigen der Mängel ist so gut Verschuldung wie das Verschweigen der Unmöglichkeit der Leistung. Das erste ist unbestritten kein Delikt, folglich soll auch das zweite kein Delikt sein, denn die verschiedenen Folgen der Unterlassungen — die Gültigkeit rsp. die Ungültigkeit des Vertrages — können nicht die Natur derselben bestimmen.

Schollmeyer macht bei dieser Schlussfolgerung zwei Fehler. Zunächst den, dass er die Gültigkeit resp. Ungültigkeit des Vertrages für zwei verschiedene Folgen der Verschuldung hält. Das Schicksal des Vertrages hat aber mit dieser Verschuldung garnichts zu thun. Die Verschuldung des Verschweigens hat in jedem Falle höchstens den äusseren Vorgang des Vertragsschlusses zur Folge (vgl. o. bei Oertmann), zu dem es ohne dies Verschweigen vielleicht nicht gekommen wäre.

Nun entscheidet die Rechtsordnung, geleitet von rechtspolitischen, dem wirtschaftlichen Verkehr Rechnung tragenden Gründen und in Rücksichtnahme auf den mutmasslichen Willen des Geschädigten und das allgemeine Billigkeitsgefühl, dass die Vertragsabsicht bei dem jedesmaligen Vorliegen des einen typischen Thatbestandes, wie bspw. desjenigen des Vertragsschlusses über eine

unmögliche Leistung, eher als vereitelt, dass sie in einem anderen Falle, bspw. bei einem Vertragsschlusse über ein mit Mängeln behaftetes Leistungsobjekt, als noch zur Genüge realisirbar zu betrachten sein soll. Danach entscheidet sie rein objektiv über das Schicksal des Vertrages, ob er gültig oder ungültig ist. Dass Mängel vorliegen, oder dass die Leistung unmöglich ist, das braucht ja überhaupt Niemand verschuldet zu haben, und trotzdem wäre doch der Vertrag im letzten Falle ungültig. Aber dass die Unmöglichkeit der Leistung und das Vorhandensein der Mängel bei der Schliessung des Vertrages verschwiegen werden, das darin liegende Verschulden wird vom Gesetzgeber für die Statuirung der Ersatzpflicht berücksichtigt.

Das Verschweigen der Unmöglichkeit der Leistung macht den Vertrag „geschlossen", „ungültig geschlossen" aber macht ihn der in der Unmöglichkeit liegende Mangel an einer Vertragsvoraussetzung.

Das Verschweigen der Unmöglichkeit der Leistung macht den Vertrag nicht ungültig, sondern dies thut nur die Unmöglichkeit selbst.

Daher ist es ein Trugschluss, wenn Schollmeyer meint, die Natur der Verschuldungshandlung als der Ursache könnte nicht durch die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages als die Wirkung bestimmt werden, denn das Verhältnis von Ursache und Wirkung liegt zwischen Verschuldung und Vertragsschicksal garnicht vor.

Aber weiter soll die „Natur" des vorausgehenden Verschuldens durch die Gültigkeit resp. Ungültigkeit des Vertrages auch garnicht bestimmt werden. Das wird von Niemand verlangt. Schollmeyer scheint am letzten

Ende zu meinen — und das ist sein zweiter Fehler —, dass kontraktliche culpa und Deliktsculpa ihrem Wesen, ihrer „Natur" nach von einander verschieden seien. Sie präsentiren sich nur anders, sozusagen in zwei verschiedenen Rahmen. Im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs zumal besteht ein Wesensunterschied zwischen ihnen nicht, ja nicht einmal ein gradueller Unterschied. Das Verschweigen der Mängel ist doch bspw. eine viel intensivere culpa als die der §§ 833 ff., die doch aber Delikt ist (vgl. o. geg. Oertmann). Die äusserliche, ihr Wesen nicht berührende Verschiedenheit zwischen beiden besteht lediglich in der Thatsache des Vorhandenseins oder des Nichtvorhandenseins eines gültigen Kontrakts. Ist diese Verschiedenheit „trotz der gleichen Thätigkeit" in dem Beispiel Schollmeyer's, aber eben aus den erwähnten objektiven, das subjektive Verhalten ganz bei Seite lassenden Gründen einmal von der Rechtsordnung statuirt, so muss die Verschuldung innerhalb ihrer nunmehrigen, ihr von aussen her zuerteilten Erscheinungsform (kontraktliches oder ausserkontraktliches Verschulden) die besondere Handlungsweise, die dem ganzen Thatbestande als Kontrakts- oder ausserkontraktlichem Thatbestande von der Rechtsordnung zu teil wird, für sich mit in den Kauf nehmen.

Dadurch, dass Schollmeyer die Deliktsculpa von anderer Natur sein lässt als die culpa, die sich in dem Verschweigen der Mängel und der Unmöglichkeit der Leistung äussert, dass er somit diesen beiden Verschuldungen des Verschweigens eine verwandtschaftliche Zusammengehörigkeit seinem eigentlichen Delikt gegenüber beilegt, räumt auch er, genau wie Oertmann, dem

blossen Vertragsschlusse, dem einzigen, was diese Zusammengehörigkeit diesem Delikt im engeren Sinne gegenüber begründen könnte, eine Bedeutung ein, die ihm nicht zukommt, und leugnet damit ebenfalls, wie Oertmann, die Abhängigkeit der Wirkung des Vertragsschlusses von dem Bestande des Vertrages.

Schollmeyer zieht weiter das römische Recht heran, „das an das Delikt die volle Schadensersatzpflicht ange-„knüpft, dies aber bei der culpa in contrahendo nicht gethan habe." Hier scheint uns eine Verwechslung vorzuliegen.

Gewiss statuirten die Römer bei der culpa in contrahendo die volle Schadenserzatzpflicht, denn mehr Schaden als das id quod interest hatte der Geschädigte infolge der Nichtigkeit des Vertrages ja nicht. Darum hätte also auch die römische culpa in contrahendo ruhig Delikt gewesen sein können. Aber Schollmeyer hat das Erfüllungsinteresse im Auge. Der Ersatz gerade dieses Interesses wurde dem Geschädigten in Rom in erster Linie nicht deswegen vorenthalten, weil die culpa in contrahendo kein Delikt war, sondern weil ein nichtiger Vertrag vorlag, der eine Haftung auf Ersatz des Erfüllungsinteresses — auch bei Gewährung der Kontraktsklage — ausschloss. Das ist aber zweierlei.

Und umgekehrt fragen wir: Hat denn das römische Recht etwa an die culpa in contrahendo die volle Schadensersatzpflicht aus gültigem Vertrage, auf Leistung des Erfüllungsinteresses angeknüpft? Das müsste es doch gethan haben, wenn die culpa in contrahendo in einer Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten hätte bestehen und eine wirkliche, echte, nicht nur einen Notbehelf dar-

stellende Kontraktsklage hätte begründen sollen. Man kommt eben einfach nicht an der Nichtigkeit des Vertrages vorbei, sie lässt sich nicht aus der Welt schaffen, und wo sie einmal da ist, kann man sie nicht ignoriren.

Betreffs des Hinweises auf die römische Kontraktsklage, den auch Schollmeyer zu Hülfe nimmt, bemerken wir hier gegen ihn dasselbe wie oben gegen Oertmann.

3. Feststellung der Verjährungsfrist für den Anspruch aus § 307, und des Beginns derselben.

So vermögen wir uns mit dem Bestreben, den Anspruch aus § 307 den Grundsätzen über kontraktliche Ansprüche zu unterstellen, schlechterdings nicht zu befreunden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt nun einmal ein ausserkontraktliches Verschulden nur als „unerlaubte Handlung" auftreten. Liegt also die Thatsache der Nichtigkeit des Vertrages vor, so kann, wenn das Veranlassungsprincip nicht Platz greift (§§ 122, 179, 2), ein Anspruch auf Grund ausserkontraktlichen Verschuldens sich nur auf die §§ 823 ff. stützen. Damit ist ja aber auch aller Not abgeholfen. Denn nun hat ja der Anspruch in jedem Falle seine Heimat, zu der ihm das gemeine Recht nicht hatte verhelfen können.

So muss nach unserer Ansicht der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses auf Grund des § 307 (309) der kurzen, dreijährigen Verjährungsfrist des § 852 unterliegen. (Ebenso Melliger, a. a. O., S. 171; Schmidt, a. a. O., S. 39. Anderer Meinung: Oertmann, Schollmeyer, Mayring, Meisner, Ebert,

Planck, in den oben S. 127 cit. Kommentaren, Lilie, a. a. O., S. 57.) —

Was den Beginn dieser Verjährung anlangt, so ist für diesen nach § 852 der Zeitpunkt massgebend, „in „welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person „des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt".

Ohne Rücksicht auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dieser Kenntnis aber verjährt der Anspruch immer endlich von der Begehung der unerlaubten Handlung, im vorliegenden Falle also vom Abschluss des nichtigen Vertrages, an.

Schluss.

Wir sind demnach zu dem Resultat gekommen, dass die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses bei nicht zu Stande gekommenem Vertrage im gemeinen Recht eine einheitliche theoretische Begründung nicht zu finden vermocht hat, dass weiter das Bürgerliche Gesetzbuch in den Fällen des § 122 und des § 179, 2 nach Massgabe des Veranlassungsprinzips der ordentlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195) Platz gelassen hat, dass aber im Falle des § 307 auf Grund des Verschuldungsprinzips und der Nichtigkeit des Vertrages die ausserordentliche Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 852) entgegen der augenblicklich dem Anschein nach herrschenden Meinung als die einschlägige zu erachten ist.